

VOL. XVI

AVRIL 1910

No 4

LA
REVUE LEGALE

(NOUVELLE SÉRIE)

PUBLICATION MENSUELLE

DE

JURISPRUDENCE ANNOTÉE

CONTENANT

LES ARRÊTS DE PRINCIPES DE TOUTS NOS TRIBUNAUX

RÉDACTEUR :

J. J. BEAUCHAMP, C. R.,

AVOCAT AU BARREAU DE MONTRÉAL, DOCTEUR EN DROIT.

Auteur de "The Jurisprudences of the Privy Council," ; du "Répertoire de la Revue Légale"
et du "Code civil annoté".

AVEC LE CONCOURS DE PLUSIEURS COLLABORATEURS.

L'étude du droit élève l'âme de ceux qui s'y
voient, leur inspire un profond sentiment de la
dignité humaine, et leur apprend la justice, c'est-à-
dire le respect pour les droits de chacun.

(ESBACH, Etude du droit, p. 12.)

WILSON & LAFLEUR, Limitée, Éditeurs

Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence,

17 et 19 RUE SAINT-JACQUES

MONTRÉAL, Can.

AVIS

Tout ce qui concerne la rédaction doit être envoyé à J. J. BEAUCHAMP, C. R., avocat, 66 Est, rue Notre-Dame. Tout ce qui regarde l'administration et les abonnements doit être adressé au bureau de LA REVUE LEGALE, 17 et 19 rue Saint-Jacques, Montréal, Canada.

ABONNEMENT ANNUEL :

| | | |
|----------------------------------|-------|-----------|
| Pour le Canada et les Etats-Unis | - - | \$5.00 |
| Pour l'Etranger | - - | 6.00 |
| CHAQUE NUMERO SEPARÉMENT, | . . . | 50 Cents. |

SOMMAIRE

| | |
|---|-----|
| THE AMERICAN ASBESTOS COMPANY vs. THE JOHNSON COMPANY. — Requête civile. — New evidence. — Revocation of judgment | 149 |
| DAME LIDA CADIEUX et vir vs. LOUIS DENEAU, et LOUIS DENEAU, en garantie, vs. DAME AMANDA FROCHETTE. — Absence. — Preuve. — Présomption. — Succession. — Représentation. — Vente par héritier présumé. — Partage. — Mis en cause | 154 |
| ABRAHAM DUPERE vs. THE LONDON & LANCASHIRE LIFE ASSURANCE CO., Limited. — Inscription en Révision. — Dossier perdu. — Renvoi d'inscription. — Frais | 167 |
| DAME LOUIS FAVREAU vs. DAME PHOEBE WHITE. — Testament. — Propriété. — Usufruit. — Substitution. — Défense d'aliéner. — Legs. — Vente. — Héritier | 169 |
| DAME PHILOMENE MONETTE vs. LA CITE DE MONTREAL & ELLISON, défendeur en garantie. — Action en garantie. — Moyens de défense. — Frais | 176 |
| FREEDMAN SON & COMPANY vs. THE DOMINION BANK. — Bank. — Securities. — General indebtedness. — Discount refused | 186 |
| E. A. GLADU vs. DAME B. HURTUBISE et vir. — Compensation. — Dettes claires et liquides. — Billets promissoires. — Pension. — Prescription. | 192 |

VIENT DE PARAITRE

ROY — DROIT DE PLAIDER, TRAITE sur L'AUTORISATION MARI-TALE et judiciaire, sur l'incapacité des MINEURS, des INTERDITS, des FEMMES MARIEES, d'ester en justice. Par Ferdinand Roy, docteur en Droit, avocat à Québec.

1 vol. in-8 de 300 pages. Prix : relié 1/2 chagrin \$2.50

WILSON & LAFLEUR, Limitée, Editeurs,

17-19, RUE SAINT-JACQUES,

Tel. Bell Main 2921

MONTREAL, Can.

Les volumes 1 à 15 (1895-1909) indistinctement, avec belle reliure, + ven. \$5.00 chaque

costs. Instead of dividing them in half, the court below might have divided them unequally between the parties. It was a matter of discretion for the court, and unless it clearly appears that its decision is unreasonable, there is no ground upon which this court ought to interfere. An invariable series of decisions confirm this view.

"While the case was under consideration by this court, the learned counsel for the petitioner made known to us the decision of the Court of Appeal, confirming the decision of the Court of Review in the case of *Daigle vs Noël* (35 S. C., 341; 1 K. B., 575). In the case referred to, the reason given by the first court for not giving costs in favor of the successful party was that, after denying the respondent's possession — it was a possessory action — he alleged that he himself had been in possession, but had failed to prove his allegation of possession. It seems to us that the Court of Appeal and the Court of Review were fully justified in deciding that there was not sufficient reason in that why the appellant should not have costs in his favor, because he might have rested his case by denying the possession invoked by respondent and would have succeeded just the same in winning his case.

"The special reasons given in the present case are far different. Each of the parties set up pleas in law which were unfounded; each succeeded as to part only of his pleadings. It appears to me that under these circumstances the court of first instance could, without over-riding the provisions of article 549, C. e. p., exercise its discretion in deciding the question of the payment of the costs. The case of *Daigle vs Noël* is not a parallel one, and, not finding the circumstances the same, I do not think I should change the opinion I have already expressed.

"I am, therefore, of opinion to confirm the judgment, with costs.

"*Hutchinson, J.*, was of the opinion that the judgment of the court below in this case is well founded, except as to costs, which, in his opinion, the whole, or the greater part of them, should have been awarded in favor of the petitioner."

Laurendeau, Pelletier & Pelletier, avocats du requérant.
N. U. Lacasse, avocat de l'intimée.

* * *

NOTES.—*Question de frais:*—"Where the plaintiff has succeeded in the first court and the conclusions of his action have been maintained with costs against the defendant, and, on the inscription of the defendant, the judgment has been affirmed as to the merits by the Court of Review, it is error for the latter Court to deprive the plaintiff of the costs of the action in the court below and to condemn him to pay costs in Review, and the Court of Queen's Bench sitting in appeal will rectify such judgment, more especially where the Court of Review assigned a reason for such condemnation to costs, which the Court of Queen's Bench considers erroneous."

Lacoste, J. C. — "Règle générale, cette cour ne modifie pas un jugement sur la question des frais, parce que les frais sont laissés à la discrétion du juge, cependant quand il infirme le considérant qui a motivé la condamnation aux frais, il doit modifier également le dispositif quant aux frais."

C. B. R., 1892. *Compagnie de chemin de fer Atlantique Canadien vs Trudeau*, *R. J. Q.*, 2 *B. R.*, 514.

"L'adjudication des dépens doit être réformée en appel lorsqu'elle viole un principe ou une règle positive de droit.

"Aux termes de l'art. 478 C. p. c., le jugement qui renvoie une action doit accorder les frais au défendeur, et le tribunal ne peut en ordonner autrement que pour des causes spéciales.

"Lorsqu'un défendeur poursuivi sur un billet promissoire en a plaidé la nullité à raison de l'art. 425 S. R. Q., (dépenses d'élection), et a, pour ce motif, fait renvoyer l'action, le tribunal ne saurait trouver dans cette défense une cause spéciale pour refuser d'en accorder les frais contre le demandeur."

Lacoste, J. C. — “Des expressions détachées des juges dans certains précédents cités par l'intimé nous porteraient à dire qu'il n'y a pas d'appel, quand il s'agit d'une question de frais seulement. Mais, dans son ensemble, notre jurisprudence indique clairement que nos cours d'appel interviennent quand, dans leur opinion, il y a eu violation d'un principe.

“Quand y a-t-il violation d'un principe?”

“L'art. 478 dit: “La partie qui succombe doit supporter les dépens, à moins que, pour des causes spéciales, le tribunal ne juge convenable de les mitiger, compenser ou en ordonner autrement.”

“L'article contient la règle et l'exception. La règle est que la partie qui succombe doit supporter les frais; l'exception, que, pour des causes spéciales, le juge peut exercer sa discrétion. Mais il faut que ces causes existent, car, autrement, il n'y a pas lieu à l'exercice de la discrétion et une discrétion exercée sans cause est une violation du principe énoncé dans l'article. Cette cause doit être juste, car une cause fautive est assimilée, en loi, à une cause non existante.

“Supposons que, dans une action ordinaire sur billet, jugement serait rendu par défaut, maintenant l'action, mais refusant, au demandeur, ses frais, ou, encore qu'après une défense générale, le demandeur aurait réussi mais que les frais auraient été mis à sa charge, cette cour serait parfaitement justifiable d'intervenir et de déclarer qu'il n'y avait pas lieu, pour le juge, d'exercer sa discrétion, parce qu'il ne se rencontrait pas de causes spéciales pour lui permettre de le faire. L'exercice de la discrétion est donc subordonnée à l'existence d'une cause spéciale juste.

“Ce sont ces causes spéciales qu'une cour d'appel doit examiner; si elles existent, alors la Cour n'interviendra pas; mais s'il n'y a pas de bonnes causes, elle reformera. La pratique, en Angleterre, où il y a une disposition statutaire à peu près semblable à notre article 478, est dans ce sens. Le statut anglais dit que les frais suivront l'événement du procès, à moins que le juge “shall, for good cause, otherwise order.” (*Odgers, on Debel, Ed. de 1896, p. 400*).

“Revenant à notre article, il est difficile, parfois, de déterminer s'il y a juste cause; car, comme il n'est pas nécessaire de motiver l'adjudication sur les dépens, (*Bioche, Verbo Dépens, no 49*), il peut se faire qu'on ne saisisse pas le motif de la Cour. Quelquefois un considérant erroné peut aider à la solution, mais si, comme dans l'espèce, le motivé du jugement

est à l'abri de toute critique, la situation devient embarrassante. Lorsque le motif n'est pas apparent, je crois qu'il vaut mieux que la Cour dise dans le jugement pourquoi elle ne suit pas la règle générale."

C. B. R., 1896, *Déchêne et al. vs Dussault*, *R. J. Q.*, 6 *B. R.*, 1.

"Lorsque le demandeur n'établit aucune cause d'action, par les allégations même de la demande, il ne peut y avoir lieu à l'exercice de la discrétion que le juge possède en matière de frais. Le défendeur qui a contesté une telle action a droit à ses frais aux termes de l'art. 478 C. p. c."

C. R., 1900, *Montréal, Trudeau vs Paquet*, 7 *R. J.*, 145.

"La parenté des parties, leur état de fortune (v. g., pauvreté de la partie perdante et richesse de la partie adverse), et la bonne foi de la partie qui succombe, ne sont pas des raisons suffisantes pour soustraire celle-ci à la condamnation aux dépens."

C. R., 1899, *Montréal, Dame Claude vs Claude et al.*, *R. J. Q.*, 17 *C. S.*, 130.

"La règle que la partie qui succombe doit supporter les dépens est impérative et le tribunal n'a le pouvoir discrétionnaire de les mitiger ou de les compenser que pour des causes spéciales, qui doivent apparaître au jugement."

C. B. R., 1907, *Québec, Croteau vs The Athabaska Water & Power Co. et al.*, *R. J. Q.*, 31 *C. S.*, 516.

"Le fait qu'un défendeur qui réussit n'a pas prouvé un des moyens de défense qu'il a invoqués, alors que ce moyen n'a entraîné aucun frais d'enquête, ne constitue pas une raison de ne pas condamner le demandeur avec dépens."

Sir Langelier, J., *C. S.* — "Ordinairement les tribunaux d'appel n'encouragent pas les appels qui ne soulèvent que des questions de dépens. Mais il en est autrement lorsque l'adjudication sur les frais est fondée sur un principe erroné. Or, tel me paraît être le cas dans la cause actuelle."

"La règle générale est que toute partie qui succombe dans une instance doit être condamnée aux dépens. (C. P., 549). Pour qu'il en soit autrement, il faut qu'il y ait des raisons spéciales de refuser à la partie qui a gagné sa cause ses dépens."

C. R., 1908, *Québec, Daigle vs Noël*, *R. J. Q.*, 35 *C. S.*, 341.

COUR DE REVISION.

Requête civile. — New evidence. — Revocation of judgment.

MONTREAL, 20th November, 1910.

DAVIDSON, DELORIMIER, PAGUELO, JJ.

THE AMERICAN ASBESTOS COMPANY *vs* THE JOHNSON COMPANY.

HELD.—That a judgment cannot be set aside on an action of the nature of a *requête civile* on the ground that other new evidence of a conclusive nature has been discovered since the rendering of the judgment when this new evidence even considered so would not have altered the opinion of the court. (1)

Code of civil procedure, articles 505, 1177.

This action is of the nature of a *requête civile* on the ground of recently discovered evidence demanding the annulment of an interlocutory judgment and of a final judgment rendered in an action wherein the present defendant was plaintiff and J. T. Wilson, and others, present plaintiff's predecessors in title, were defendants. These judg-

(1) The judgment of the Superior Court, (Hutchison, J.), is reported in C. S., 186 with the full text of the judgment.

ments were confirmed by the Supreme Court and leave to appeal from the latter judgment was refused by the Privy Council.

The original action, instituted in 1903, sought a judicial settlement of the division line between lot 31, range B, township of Coleraine, county of Megantic, then and still the property of the Johnson Company, and the adjoining lot 32, then the property of Messrs. Wilson and others. This lot 32 was the last lot in range B., and next to the line between the townships of Coleraine and Ireland.

The matter was referred by the courts to experts chosen by the parties and the court, and eventually, the Johnson Company's pretensions were sustained by Mr. Justice Lemieux in the Superior Court.

This judgment was appealed from and reversed by the Court of Appeal who sustained the pretensions of the present plaintiff.

Upon appeal to the Supreme Court, however, the judgment of the Court of Appeal was, in November, 1907, reversed, and the judgment of the Superior Court restored.

The Superior Court dismissed the action on the 20th September, 1908, for the following reasons:

"Considering that in order to succeed in this action the law requires that the plaintiffs must prove that the judgment attacked have been rendered upon documents which have only subsequently been discovered to be false, or that since the judgments other new evidence of a conclusive nature has been discovered which satisfies the conditions of article 505 of the Code of Civil Procedure, namely:—

"(1) That the evidence is such that if it had been

brought forward in time it would probably have changed the result.

"(2) That at the time plaintiffs might so have used it neither they nor their attorney or agent had knowledge of it.

"(3) That it could not with reasonable diligence have been discovered in time to be so used.

"(4) That reasonable diligence was so used after the discovery of the new evidence."

(Here the Court refers extensively to the questions of facts, and to precedent litigation).

"Considering after full consideration of the whole case the conclusion is unavoidable that the plaintiffs have not adduced proof of a nature to warrant the revocation of the said two judgments, now sought to be set aside, and given by the said Superior Court.

"Doth therefore dismiss plaintiffs action with costs:

This judgment has been confirmed by the Court of Revision:

De Lorimier, J.—"The action before us is a petition in revocation of judgment in the nature of a direct action, and it is not disputed that such a remedy lies even if the judgment a quo has passed through two appellate courts.

"The two points on which the defendant relies in the present case are: 1. The evidence invoked as new, even if it could be so considered, would not have altered the judgments; 2. It consists of facts which were known and, indeed, thoroughly well-known, from the outset.

"(His Lordship here recites a description of the property in dispute. The area represents a loss of about 30 acres to defendant if plaintiff is successful).

"In the opinion of this court, the evidence invoked by plaintiff as new, even if it should be considered, and this

court considers it is not, would not have altered the judgments. The effect of the judgment of the Supreme Court must necessarily mean that the line should be run on the bearing of the town line as it existed on the ground, and not on the bearing of the line between lots 9 and 10 as held by the Court of Appeal.

"It is pretended that the report of Addle (one of the surveyors) is erroneous; that he was led to believe that the line between 9 and 10, as laid on the ground by Poudrier (another surveyor) was parallel to the town line between the townships of Coleraine and Ireland, and that if the court had known this fact, the judgment might have been different.

"But this court considers that the very pretension now urged by plaintiff, to the effect that the line between 9 and 10 should be the guide line, was finally rejected by the Supreme Court.

"These judgments are *chose jugée*, and moreover, even if there were any error in Addie's report, which is not established, such error could not have, in any way, affected the above judgments, the bearing of said line between 9 and 10 being absolutely immaterial under the judgments of the Superior and Supreme Courts.

"It is, therefore, the opinion of this court that, under all the circumstances of the case, the evidence invoked as new, even if it should be considered, would not have altered the judgments in question. It is submitted by defendant that the facts invoked in plaintiff's action were known, and, indeed, thoroughly known, from the outset, and that these are not grounds for an action in the nature of a petition in revocation of judgment.

"In the former case in the Superior Court, the bearing of the line between 9 and 10 was not raised by the parties. The Court of Appeal raised this question, but this judg-

ment was reversed, so that it must be taken as *chose jugée*, that this line between 9 and 10 cannot be considered as the guide line. Addie's report, as a matter of fact, referred only indirectly to this line—he was not called upon to give the bearing of this line. He states that, according to the report, and field notes of the surveyor, Poudrier, this line appeared to be parallel to the town line—which may be correct—and his report simply goes to assert that the line should be run parallel to the town line between the said townships, as established by Fournier and retraced by Poudrier as it existed on the ground.

“This view was finally maintained by the Supreme Court, and, therefore, whether the line between 9 and 10 was or not exactly parallel to the town line, has no bearing on the case, according to the final judgment of the Supreme Court, and the plaintiff must be held to have known Addie's report and to have accepted it, with its true meaning, as determined by the courts. There is no falsity in Addie's report, under C. c. p. 505, when, even assuming it might have erroneously considered that the line between 9 and 10 was parallel to the town line. Plaintiff's evidence and pretensions are not conclusive, and, even if correct, could in any way affect the holdings of the Supreme Court judgment.

“The court considers that plaintiff's pretensions are unfounded under both articles 505 and 1177 C. c. p., and the judgment of the Superior Court, St. Francis, Hutchinson, J., 12th September, 1908, is hereby unanimously confirmed, with costs.”

Cook, McMaster & Magee, attorneys for plaintiff.

A. W. Atwater, K. C., counsel.

Hend, Fraser, McDonald & Rigg, attorneys for defendant.

G. S. Stewart, K. C., & E. Lafleur, K. C., counsels.

COUR SUPERIEURE.

Absence. — Preuve. — Présomption. — Succession. —
Représentation. — Vente par héritier présumé. —
Partage. — Mis en cause.

MONTREAL, 12 février 1910.

BRUNEAU, J.

DAME LIDA CADIEUX et vir vs LOUIS DENEAU, et LOUIS
DENEAU, en garantie *vs* DAME AMANDA FRECHETTE.

JUGÉ.—1o. Celui qui prétend exercer un droit qui suppose la
vie d'un absent est tenu de prouver que cet absent existait
quand le droit a été ouvert :

2o. L'article 105 du Code civil s'applique à l'absent présumé
comme à l'absent déclaré. En d'autres termes : les héritiers
présents ne sont pas obligés de tenir compte d'un absent dont
l'existence n'est pas prouvée, encore même que l'absence ne
soit pas déclarée ;

3o. L'absent n'est réputé ni mort ni vivant ; c'est à celui
qui fonde sa demande sur la vie de l'absent à rapporter la
preuve de ce fait conformément au principe : *actori incumbit
onus probandi* ;

4o. La succession qui s'ouvre en faveur d'un absent est
dévolue pour le tout, à défaut de preuve de son existence,
à ceux qui l'auraient accueilli avec lui ou à son défaut ;

5o. On est admis à succéder, par droit de représentation,

aux lieu et place d'un absent dont l'existence n'est pas prouvée;

6o. L'héritier présent, appelé à recueillir une succession, à l'exclusion d'un successible absent, est réputé propriétaire; en conséquence, les aliénations par lui consenties sont valables, et l'acquéreur ne peut refuser de payer son prix ou réclamer ce qu'il a payé, sous prétexte qu'il y a pour lui danger d'éviction;

7o. L'article 1038 du Code de procédure exigeant la mise en cause, sur la demande en partage, de tous les co-héritiers ou co-propriétaires, ne doit s'entendre, lorsqu'il s'agit d'un bien successoral indivis, que des co-héritiers ou co-propriétaires présents et non absents, puisque ces derniers, présumés ou déclarés, sont exclus de la succession. (1)

Code civil, article 105.

Code de procédure civile, article 1038.

La demanderesse principale demande la nullité et la cassation d'un acte de vente d'un terrain formant la partie sud-est du no 1671 du cadastre officiel de la paroisse de Montréal, et que le défendeur principal lui a consenti le 29 octobre 1907, ainsi que le remboursement d'une somme totale de \$1193.61, soit: \$1111.61 payées par la dite demanderesse, en exécution du dit contrat de vente, et \$82.00, à titre de dommages pour dépenses de protêt et de commission qu'elle a encourues relativement à la dite propriété, alléguant à l'appui de son action qu'elle a découvert la nullité et l'insuffisance de son titre, après avoir confié la vente de cette propriété à des agents d'immeubles qui lui ont trouvé un acheteur, mais qu'elle a dû annuler ce contrat, vu que la dite propriété appartenait, lors du contrat que lui en a fait et passé le défendeur Deneau, pour un sixième indivis à un nommé François-Xavier Cazalais, absent de cette province, en sa qualité d'héritier de sa mère, Dame Théotiste Beautronc dit Major

(1) Les jugés de ce rapport ont été faits par M. le Juge Bruneau.

à laquelle appartenait le susdit immeuble ; que le dit François-Xavier Cazelais n'a jamais disposé de sa part indivise ; que les prétendues ventes en licitation faites à ce sujet sont illégales et nulles parce que le dit François-Xavier Cazelais n'a jamais été mis en cause ; qu'elle a vainement protesté, le défendeur Deneau de compléter et parfaire son titre et de lui faire la délivrance du susdit immeuble, négligeant ainsi d'exécuter son obligation de vendeur envers elle.

Le défendeur Deneau s'est porté demandeur en garantie contre Dame Fréchette, qui lui avait vendu le susdit immeuble le 5 février 1907.

La dite Dame Amanda Fréchette, défenderesse en garantie, prenant le fait et cause du défendeur principal, (à l'exception de la somme de \$800.00 réclamée comme bénéfice ou différence du prix de vente consentie par la défenderesse en garantie au défendeur principal), plaide spécialement que son auteur, savoir : son mari, avait acquis l'immeuble en question à une vente par licitation judiciaire faite par le protonotaire de la cour Supérieure du district de Montréal, le vingt-sept février (1904), et qu'à cette date le nommé François-Xavier Cazelais était absent depuis un grand nombre d'années, savoir : depuis au-delà de cinq ans, sans que personne n'ait jamais reçu de ses nouvelles, et qu'en loi, il n'était pas censé avoir hérité, mais que sa fille, Dame Cordélia Cazelais, épouse de Charles Beaulieu, qui était sa seule héritière, était à tous les droits du dit François-Xavier Cazelais, qui avait, d'ailleurs, vendu tous ses droits, précédemment, au mois de décembre (1896), par acte devant M^{re} Bissonnette, notaire ; qu'à tout événement, la dite Dame Cordélia Cazelais avait été envoyée en possession de tous les biens du dit François-Xavier Cazelais par jugement de cette cour rendu en 1903 ; que la dite Dame Cordélia Cazelais, épouse

de Charles Beaulieu, a, dans la cause en licitation, dont il est question plus haut, produit une opposition afin de conserver pour tous les droits qu'elle pouvait avoir comme héritière de son père, François-Navier Cazalais, tant en vertu de la loi qu'en vertu du jugement l'envoyant en possession, et qu'elle a été colloquée au jugement de distribution qui a suivi la dite vente par licitation, et qu'elle a reçu le montant de sa collocation; que, même en admettant comme vrais tous les allégués de la déclaration, il n'y aurait eu que cette Demoiselle Cordélia Cazalais qui aurait jamais pu troubler la demanderesse principale, ce qu'elle ne pourrait pas faire vu qu'elle a été partie à la dite licitation et au dit jugement de distribution qui n'a jamais été attaqué; que la dite Dame Cordélia Cazalais, autorisée de son mari a ratifié la dite vente par licitation, par acte notarié, dûment enregistré le 6 mars 1907, à la demande spéciale de la demanderesse principale et du demandeur en garantie; que, de plus, la demanderesse principale ayant payé son prix de vente, du moins pour la plus grande partie, et la déclaration de paiement contenue dans l'acte du défendeur principal à la demanderesse principale ayant été acceptée par la défenderesse en garantie, par la réception des intérêts, la demanderesse principale est mal fondée dans sa demande, même si tous les allégués de la déclaration étaient vrais, attendu qu'elle n'allègue pas de trouble, et que, de fait, elle n'a jamais été troublée dans la propriété ni la possession du dit immeuble, et que, même si elle était troublée, son seul recours serait de ne pas payer la balance du prix de vente tant et aussi longtemps qu'il ne lui aura pas été fourni de caution qu'elle ne sera jamais troublée à l'avenir; et la défenderesse en garantie demande le renvoi de l'action de la demanderesse principale pour tout ce que la défenderesse en garantie déclare avoir garanti, savoir: le titre et tous les dommages y réclamés moins la somme de \$800.00.

La demanderesse principale a répondu, en résumé, à la susdite défense, en disant que la licitation invoquée était nulle, ainsi que la vente du défendeur, parce qu'une partie indivise de cet immeuble appartenait alors et appartient encore à un tiers qui est non-seulement créancier, mais propriétaire de cette portion de terrain; que son action n'est pas seulement en garantie d'un trouble actuel ou éventuel de la part d'un créancier, mais en annulation d'un contrat fait par le défendeur principal d'une chose dont il n'était pas propriétaire;

La cour a renvoyé l'action principale et maintenu l'action en garantie comme suit:

"Considérant que la preuve documentaire et orale démontre les faits suivants: Le 29 septembre 1902, Dame Théotiste Beautronc dit Major, veuve de Joseph Cazelais, a fait son testament solennel, devant Mtre Lonergan, instituant son fils, Henri, légataire universel. Bien que son extrait de sépulture ne soit pas produit, il appert, néanmoins, au dossier, qu'elle serait décédée le 2 octobre 1902. Henri Cazelais a renoncé à la succession de sa mère par acte notarié dûment enregistré le 4 février 1903. Dame Théotiste Beautronc dit Major laissait, notamment, dans sa succession, la partie sud-est du no 1671 du cadastre de Montréal. Cet immeuble avait été donné à son mari, Joseph Cazelais, par les père et mère de ce dernier, le premier juin 1840. Son mari lui en avait donné la jouissance, sa vie durant, par son contrat de mariage le 2 juin 1844. Le 10 septembre 1896, ses enfants, en leur qualité d'héritiers de leur père, et Joseph Thibault, en celle de curateur à Joseph et François-Xavier Cazelais, tous deux alors absents, lui en avaient cédé la propriété au prix de \$2085.00. Par la renonciation d'Henri Cazelais, la succession de sa mère s'est trouvée dévolue à ses autres héritiers légaux qui l'ont

acceptée, savoir: Joseph Cazalais, son fils, époux de Dame Amanda Fréchette; Sophie Cazalais, sa fille, épouse de J. B. Larivière; Maria Cazalais, sa fille, épouse de Alphonse Doré; Elizabeth Lenoir, sa petite fille, épouse de Maurice Poirier.

“Madame Théotiste Beutrone dit Major avait encore un autre fils, François-Xavier Cazalais, né le 28 mars 1849, mais il a quitté son domicile, à Montréal, depuis 1877, sans jamais donner, depuis cette date, aucunes nouvelles; il a laissé, en partant, une fille, née le 7 octobre 1874, et mariée depuis à Charles Beaulieu.

“Le premier avril 1903, Joseph Cazalais a pris une action en partage contre ses co-héritiers ci-dessus mentionnés; elle porte le no 1099 des dossiers de cette cour; François-Xavier Cazalais, l'absent, n'a pas été mis en cause; sa fille, Madame Beaulieu, non plus. Le 2 mai 1903, la vente par licitation du no 1671 a été ordonnée par jugement de cette cour. Joseph Cazalais, l'époux d'Amanda Fréchette, s'est porté adjudicataire, au prix de \$1575.00. Le 27 février 1904, le Protonotaire lui en a passé le titre. Le 12 janvier 1904, Cordélia Cazalais a fait une opposition afin de conserver, alléguant être l'unique héritière de son père, François-Xavier Cazalais, et qu'elle avait été envoyée en possession provisoire de ses biens, le 16 septembre 1903, par jugement de cette cour; elle fut colloquée au jugement de distribution sur le prix de la licitation pour \$215.28. Le 30 janvier 1907, Cordélia Cazalais a comparu devant Mtre Desaulniers, et dâment autorisée de son mari, elle a déclaré, en sa qualité d'héritière de son père, et comme envoyée en possession, approuver le titre de vente par licitation judiciaire consenti par le protonotaire de cette cour, le 27 février 1906, à Joseph Cazalais, et y donner une complète adhésion, consentant à son exécution, à son égard de la même manière

que si elle eût été assignée sur l'action en partage, et eût pris part à toutes les procédures y relatives.

“Considérant que l'action de la demanderesse principale repose sur l'affirmation que le nommé François-Xavier Cazalais était vivant, bien qu'absent de cette province, lors du décès de sa mère, Dame Théotiste Beautronc dit Major et qu'il était l'un de ses héritiers légitimes :

“Considérant, dit Pothier, que “c'est à celui qui a intérêt que quelqu'un ait succédé à un autre, à prouver qu'il “était vivant au temps de l'ouverture de la succession, et “qu'en conséquence il l'a recueillie, suivant cette règle de droit: *Ei incumbit probatio qui dicit.*” (Pothier, *Introd. au tit. 17 de la Cout. d'Orléans, No. 7.*)

“Considérant que la demanderesse principale prétendant par son action, exercer un droit qui suppose la vie du dit François-Xavier Cazalais, était ainsi obligée de prouver qu'il existait au moment où la succession de sa mère s'est ouverte;

“Considérant que pour recueillir une succession, il faut exister à l'époque de son ouverture. (Art. 608 C. C.);

Considérant qu'un absent n'est réputé ni mort ni vivant, et que c'est celui qui prétend fonder sa demande sur sa vie, ou sur sa mort, a en faire la preuve, conformément au principe: *actori incumbit onus probandi.* (Loché, t. 2, p. 475 et suiv.; De Moly, p. 119 et suiv.; Toullier, t. 1, p. 418; Favard, *vo. Absence*, p. 19; Talandier, p. 14 et suiv.; Plassman, t. 1, p. 119; Demolombe, no 11; Aubry et Rau, t. 1, par. 148; Massé et Vergé, t. 1, par. 93; note 1, Laurent, t. 2, no 122; Beaudry Lacantinerie, t. 1, no 347; S. 1879, 1,159; Huc, t. 1, no 447; Mignault, t. 1, p. 309; S. 1876, 2,137; Id. 1892, 1,136; Id. 1870, 2,124; Id. 1864, 1,271; Id. 1834, 2,312; Fuzier Herman, C. c., art. 136, nos 9, 10; S. 1871, 1,101; Id. 1882, 1,349; Tétreau vs Rochon, 6 R. L. p. 225, Mathieu, J.

“Vu l'article 104 du Code civil, déclarant que quiconque réclame un droit échu à un absent doit prouver que cet absent existait quand le droit a été ouvert; à défaut de cette preuve, il est déclaré non recevable dans sa demande;

“Considérant que l'absent, dont l'existence n'est pas reconnue, ou dont la preuve de l'existence n'est pas faite, ne peut succéder au préjudice des autres héritiers présents, ni retarder le partage des biens du défunt, parce que son existence doit être constatée à l'instant même du décès de celui de la succession duquel il s'agit, vu que la règle contenue à l'article 607 du Code Civil, *“le mort saisit le vif”* ne pourrait, autrement, recevoir son application;

“Considérant que les droits du défunt passent ainsi de suite et sans intervalle sur la tête de celui qui est appelé à lui succéder;

“Considérant que d'après les articles 608 et 641 du Code civil deux conditions sont indispensables pour que l'on puisse concourir au partage d'une succession; la certitude de l'existence du prétendu successible au moment où elle s'est ouverte, et sa volonté de se porter héritier; que jusqu'à l'accomplissement de ces deux conditions, la succession est dévolue exclusivement aux successibles qui se présentent, à ceux avec lesquels le nommé François-Xavier Cazalais aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'aurait recueillie à son défaut, vu que, sous aucun rapport, l'hérédité ne peut rester incertaine;

“Considérant que l'article 105 du Code civil déclare que s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un absent, elle est dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut;

“Considérant que le dit article 105 du Code civil est fondé sur le même principe que celui de l'article 104, relatif à la succession qui s'ouvre en faveur de l'absent,

laquelle à défaut de preuve de son existence, est dévolue, pour le tout, et exclusivement, à ceux qui, l'auraient recueillie avec lui ou à son défaut. (Rapport des Codificateurs, sur l'Absence).

“Considérant que cet article s'applique à l'absence présumée, ainsi qu'à celui dont l'absence est déclarée, et que les héritiers présents ne sont pas obligés de tenir compte d'un absent dont l'existence n'est pas prouvée, encore même que l'absence ne soit pas déclarée. (*Toullier*, t. 1, no 478; *Loché*, t. 1, p. 691; *Demante*, *Encycl. de droit*, vo. Absence, no 107; *Duranton*, t. 1, no 535; *Marcadé*, art. 136; *Leg. Civ.* t. 4, p. 97 et suiv.);

“Considérant, en effet, que le Code civil, au titre quatrième, “Des Absents,” établit une différence sensible entre les effets de l'absence relativement à la conservation des biens et des droits qui concernent l'absent; que les chapitres premier et deuxième ne s'appliquent qu'à ceux qu'il possédait, et qui lui étaient échus et acquis antérieurement à sa disparition, et règlent les formalités à observer pour la conservation de ses intérêts, de ceux de ses héritiers présomptifs et de ses créanciers; qu'au nombre de ces formalités est la curatelle aux absents, l'envoi en possession provisoire et définitive; que le chapitre troisième du même titre est seulement relatif aux *droits éventuels* qui peuvent compléter à l'absent au nombre desquels sont les successions qui s'ouvrent depuis qu'il a disparu; que, conséquemment, c'est là qu'il faut recourir pour la décision de la présente contestation, et précisément à l'article 105 du Code Civil qui défère la succession aux héritiers présents à l'exclusion de celui qu'ils auraient pour co-héritiers, si son existence était prouvée;

“Considérant, de plus, que cet article ne distingue pas entre l'absence présumée et l'absence déclarée, et qu'ainsi il est impossible de faire aucune distinction à cet égard;

“Considérant que l'article 86 du Code civil déclare que l'absent est celui qui, ayant eu un domicile dans le Bas-Canada, a disparu sans que l'on ait aucune nouvelle de son existence ;

“Considérant que la demanderesse principale admet elle-même, dans sa déclaration, l'absence du dit François-Xavier Cazalais, lors du décès de sa mère ;

“Considérant que l'existence du dit François-Xavier Cazalais n'a jamais été reconnue par les héritiers présents ni prouvée par la demanderesse principale, aux termes de l'article 104 du Code civil, lors de l'ouverture de la succession de sa mère ;

“Considérant, au contraire, qu'il est notoire et prouvé que le dit François-Xavier Cazalais a quitté son domicile, à Montréal, depuis 1877, sans jamais donner aucunes nouvelles ;

“Considérant qu'il résulte de ces faits que les dispositions des articles 104 et 105 du Code civil sont applicables à la position où son absence l'a constitué ;

“Considérant que la demanderesse principale ayant fait défaut de prouver, aux termes de l'article 104 C. c., que François-Xavier Cazalais, qui a notoirement disparu de son domicile depuis 1877, était existant lors de l'ouverture de la succession de sa mère, Dame Théotiste Beautrone dit Major, dont il s'agit en cette cause, il s'ensuit que la dite succession, aux termes de l'article 105 C. c., a été dévolue exclusivement, pour le tout, à ceux qui l'auraient recueillie avec le dit François-Xavier Cazalais ou à son défaut, savoir : Joseph Cazalais, son frère, époux de Amanda Fréchette ; Sophie Cazalais, sa sœur, épouse de J. B. Larivière ; Maria Cazalais, sa sœur, épouse de Alphonse Doré ; Elizabeth Lenoir, sa nièce, épouse de Maurice Poirier ;

“Considérant que ces derniers, saisis de plein droit des

biens de la dite Dame Beautronc dit Major ont continué sa personne et sont devenus propriétaires en son lieu et place; (9 *Laurent*, no 207 et suiv.; 6 *Aubry et Rau*, 303, par. 609; 696 par. 639);

“Considérant que Joseph Cazalais, en sa qualité d’héritier avait ainsi le droit de provoquer le partage et la licitation de cette partie du no 1671 du cadastre de Montréal qui faisait partie de la succession de la dite Dame Beautronc dit Major, sans s’occuper aucunement, tel qu’il l’a fait de son frère François-Xavier Cazalais;

“Considérant que lorsque l’article 1038 C. p. c., exige que tous les co-héritiers ou co-propriétaires soient mis en cause sur la demande en partage, il ne peut vouloir parler, lorsqu’il s’agit, comme dans l’espèce actuelle, d’un bien successoral indivis, que des co-héritiers ou des co-propriétaires présents et non absents, puisque ces derniers, présumés ou déclarés, sont exclus de la succession, tel que dit ci-dessus, par l’article 105 du Code civil;

“Considérant que si Cordélia Cazalais, Madame Beaulieu, la fille de l’absent François-Xavier Cazalais, devait être mise en cause sur la susdite action en partage, elle y a renoncé expressément en ratifiant toute la procédure relative au partage, par acte notarié à cet effet et dûment enregistré;

“Considérant que la dite Cordélia Cazalais était admise à succéder, par droit de représentation, aux lieu et place de son père, François-Xavier Cazalais, absent, à la succession de sa grande-mère, Dame Théotiste Beautronc dit Major. (*Demante*, no 119; *Bivet*, p. 121; *Talandier*, p. 254; *De Noly*, p. 393; *Vazeille*, art. 744, no 2; *Dalvincourt*, t. 1, p. 106; *Duranton*, t. 1, no 545; *Valette*, sur *Proudhon*, p. 353; *Marcadé*, art. 156; *Demolombe*, no 209; *Aubry et Rau*, t. 1, par. 158, note 31; *Laurent*, t. 2, no 255; *Migneault*, t. 1, 310);

“Considérant que la dévolution des droits éventuels de

l'absent à ceux qui sont appelés à les recueillir à son défaut, en vertu des articles 104 et 105 C. c., a rendu sans doute ces derniers propriétaires, mais sous la condition résolutoire du retour de l'absent François-Xavier Cazalais ;

“Considérant, en effet, que l'article 106 du Code civil, réserve au dit absent Cazalais, s'il revient avant le temps voulu pour la prescription la pétition d'hérédité ou tous les autres droits qu'il pourra faire valoir ;

“Considérant que jusqu'au retour du dit François-Xavier Cazalais, ou tant qu'il ne se prévaut pas de ses droits en temps utile, l'adjudication qui en a disposé en vertu du jugement sur l'action en partage ci-dessus mentionnée, a, provisoirement, l'effet d'un décret (*Art. 1054 C. p. c.*) ;

“Considérant que la défenderesse en garantie a valablement le droit d'opposer la dite adjudication à ceux qui contestent la légitimité du titre qu'elle a procuré, puisque la licitation a conféré à l'adjudicataire, Joseph Gazalais tous les droits d'un propriétaire ;

“Considérant que les aliénations du dit immeuble no 167 faites subséquemment, d'abord, par la défenderesse en garantie au défendeur principal, et par ce dernier à la demanderesse principale, sont valables, mais résolubles seulement si le dit François-Xavier Cazalais vient, en temps utile, réclamer les droits que lui réserve spécialement l'article du Code civil.

“Considérant que la défenderesse en garantie n'a transporté au défendeur principal que la propriété et les droits qu'elle avait sur l'immeuble vendu ;

“Considérant que la demanderesse principale ne peut invoquer le danger d'être évincée plus tard, vu que l'éviction actuelle seule pourrait lui donner le droit de réclamer le prix de vente qu'elle a payé. (*Art. 1586 C. c. ; Bury*

et Thibaudeau, 29 Rapports de la cour Suprême, p. 274) ;

“Considérant que si la demanderesse principale est troublée ou a juste sujet de craindre d’être troublée par une action hypothécaire ou en revendication, elle peut différer le paiement du prix de vente du susdit immeuble jusqu’à ce que le défendeur principal ou la demanderesse en garantie fasse cesser ce trouble ou lui fournisse caution, à moins d’une stipulation contraire (*Art. 1535 C. c.*) ;

“Considérant que l’action de la demanderesse principale ne contient aucunes conclusions à cet effet, et comme elle n’a pas encore été évincée, elle ne peut recouvrer, tel qu’elle le demande, le prix qu’elle a payé ;

“Considérant qu’en faisant l’application des principes ci-dessus aux faits de la présente cause, il y a lieu de renvoyer l’action de la demanderesse principale, en déclarant, cette dernière, aux termes de l’article 104 du Code civil “non recevable dans sa demande ;”

“Déclare, en conséquence, la dite demanderesse principale non recovable dans sa demande, et renvoie son action avec dépens.

Adjugeant sur l’action en garantie :

Considérant que la dite action est bien fondée, qu’elle a eu pour cause la demande principale, laquelle est mal fondée ;

Maintient la dite action en garantie avec dépens contre la demanderesse principale.

Pelletier, Létourneau & Beaulieu, avocats de la demanderesse et défendeur en garantie.

Beaudin, Loranger, St-Germain & Guérin, avocats du défendeur et demandeur en garantie.

* * *

NOTES.—“Celui qui était absent lorsqu’une succession testamentaire s’est ouverte en sa faveur et en faveur d’autres

co-héritiers, et qui est encore absent, doit être écarté du partage des biens de la succession. Dans ce cas, les héritiers présumptifs de l'absent sont sans droit à prétendre concourir au partage pour la part de ce dernier."

C. S., 1892, *Lawlor vs Lawlor et al. & Pyke*, *R. J. Q.*, 2 *C. S.*, 532.

COUR DE RÉVISION.

Inscription en Révision. — Dossier perdu. — Renvoi d'inscription. — Frais.

MONTREAL, 4 décembre 1909.

TELLIER, DELORIMIER, CHARBONNEAU, JJ.

ABRAHAM DUPERE vs THE LONDON & LANCASHIRE LIFE ASSURANCE CO., Limited.

Jugé.—1o. Qu'une inscription en Révision ne sera pas renvoyée sur motion, parce que le dossier de la cause est perdu et ne peut être retrouvé, mais que la Cour ordonnera que la cause soit suspendue jusqu'à ce que les parties aient mis le dossier en état d'être soumis à la Cour;

2o. Cet ordre de la Cour étant donné dans l'intérêt des deux parties, les frais seront réservés.

Cette cause a été inscrite en cour de Révision le 1 février 1909. Le dossier est disparu depuis le 23 septembre 1909. Une règle *nisi* a été prise contre le Protonotaire. Les parties se sont purgées par affidavit.

Le défenderesse a fait une motion demandant le renvoi de l'inscription vu que le dossier ne peut être retrouvé et que les parties ne peuvent plus procéder avec la cause.

La cour a renvoyé cette motion sans frais.

Charbonneau, J.—La cour peut-elle accorder cette motion et renvoyer l'inscription pour la raison que le dossier est perdu. Cette perte donne lieu à plusieurs remèdes auxquels l'on n'a pas eu recours. Ainsi les parties pouvaient exercer la contrainte par corps ou refaire le dossier sous l'article 509 C. p. c. Sans doute, il y a des objections sérieuses à avoir recours à ces moyens, mais, tout de même en admettant qu'ils seraient insuffisants, est-ce une raison pour rejeter l'inscription en Révision? Nous ne le pensons pas. Le demandeur n'était pas le gardien du dossier, c'est le protonotaire qui en est chargé par la loi. En vertu de quel principe de droit pouvons-nous renvoyer l'action du demandeur parce que le dossier de la cause est perdu? Il est vrai que le demandeur ne peut pas avoir plus d'espoir que la défenderesse de voir la fin de ce procès. C'est comme si les pièces avaient été perdues avant le commencement du procès. Il peut se faire aussi que le demandeur pourrait faire une preuve secondaire du contenu du dossier perdu. Si l'on rejette son inscription en Révision, nous le privons de ce moyen, car le jugement de la cour inférieure deviendra exécutoire et existera toujours puisqu'il est enregistré.

La défenderesse dit que le jugement rendu en sa faveur est une présomption, que l'action du demandeur était mal fondée. C'est vrai, mais cette présomption a été détruite au moment où il y a eu une inscription en Révision. Cette cause, par conséquent, ira, par la force des circonstances, grossir le nombre déjà trop grand des causes inertes qui chargent le rôle de cette cour. Mais nous n'avons pas le pouvoir d'y remédier.

“En dehors des présomptions, il n’y aurait qu’un texte formel de loi qui pourrait nous justifier de rejeter l’inscription, soit sur motion ou sur l’initiative de la cour. Ce texte n’existe pas. Il m’est permis d’exprimer mon opinion sur ce point, mais je ne pense pas qu’une telle loi serait sage.

“Sous les circonstances, tout ce que cette cour peut faire est de certifier que le dossier est perdu, et d’ordonner que l’inscription en Révision soit suspendue jusqu’à ce que la diligence de l’une ou l’autre des parties en cette cause puisse convenablement être soumise à la cour.

“Comme ce jugement est dans l’intérêt des deux parties, les frais sont réservés jusqu’à jugement final de cette cause.”

Laflamme, Mitchell & Chenevert, avocats du demandeur.
Davidson & Wainwright, avocats de la défenderesse.

COUR DE REVISION.

**Testament. — Propriété. — Usufruit. — Substitution. —
Défense d’aliéner. — Legs. — Vente. — Héritier.**

MONTREAL, 18 janvier 1910.

DELOIMIER, CHARBONNEAU, DUNLOP, JJ.

DAME LOUIS FAVREAU vs DAME PHCEBE WHITE.

Jugé.—1o. Que lorsqu’un testateur lègue l’usufruit de ses biens à son épouse, et la propriété à ses enfants, la clause suivante insérée dans le dit testament: “mais mes dits légataires

"en propriété n'auront pas le droit de vendre, d'aliéner, de céder ou de disposer d'aucune manière quelconque de leurs biens ou droits dans ma succession tant que durera l'usufruit de ma dite épouse, excepté en faveur de leurs héritiers," n'empêche pas l'un des héritiers de léguer ses biens par testament, y compris ceux venant de son père, à son épouse, et celle-ci de les vendre à sa belle-mère, légataire en usufruit;

20. Que cette clause ne crée pas une substitution;

30. Que le mot "héritiers" dans cette clause doit s'entendre des héritiers testamentaires et non des héritiers naturels.

Code civil, articles 106, 393, 597, 598, 599, 864, 992.

Elie Larammée, époux de la demanderesse et beau-père de la défenderesse dispose de ses biens, par son testament, comme suit:

"Je donne et lègue la pleine et entière propriété de mes dits biens à mes enfants ou leurs descendants, issus de mon mariage avec ma dite épouse, pour être les dits biens partagés entre eux également et par souches après l'extinction de la jouissance de ma dite épouse, à l'effet de quoi je les institue mes légataires universels en propriété; voulant et entendant qu'ils soient dispensés de rapporter à ma succession tout ce qu'ils ou aucun d'eux ou leurs descendants ou leurs auteurs, suivant le cas, auraient pu recevoir de moi, soit directement, soit indirectement, et que je ne les aurais pas expressément obligés par acte authentique de me rembourser; mais mes dits légataires en propriété n'auront pas le droit de vendre, d'aliéner, de céder ou de disposer d'aucune manière quelconque de leurs biens ou droits dans ma succession tant que durera l'usufruit de ma dite épouse, excepté toutefois en faveur de leurs héritiers."

L'un des dits enfants du testateur, a épousé Dame Phœbé White, la défenderesse, et il est décédé en avril 1907,

sans laisser d'enfants, léguant tous ses biens à son épouse, en pleine propriété.

La mère Laramée a pris une action en partage de la communauté susdite et de la succession de son mari, et elle a mis en cause sa brue, Dame White, comme étant aux droits de son époux Adolphe pour un tiers de la succession du père Laramée;

La licitation de l'immeuble de la succession a eu lieu et il a été vendu le 3 septembre 1907. Mais la veille de la vente, la demanderesse a acheté les droits successifs de la dite Dame White dans la succession du dit testateur pour le prix de \$3,000.00, dont \$500.00 ont été payées comptant.

La présente action a pour but de faire déclarer nulle la vente de la défenderesse à la demanderesse, vu que la clause de prohibition d'aliéner contenue dans le testament de M. Laramée, père, et vu le fait que Mde Laramée vit encore, leur fils n'a pu léguer à son épouse, Phœbé White, sa part dans la succession de son père. De sorte que le transport des prétendus droits successifs de Mde White à Mde Laramée constitue un contrat nul pour cause d'erreur.

La défenderesse a nié les prétentions de la demanderesse. Elle soutient qu'il n'y avait aucune prohibition du legs à elle fait par son époux et que la vente qu'elle a consentie à la demanderesse est légale; que cette dernière y a souvent acquiescé en connaissance de cause; qu'un partage des biens a été fait et qu'il y a chose jugée.

La cour Supérieure (Tellier, J.), a renvoyé l'action par les considérants suivants:

"Attendu que la prohibition d'aliéner en question n'est adressée par le testateur, qu'à ses enfants ou leurs descendants qui sont institués, d'une manière absolue et sans gradualité, ses légataires universels en propriété; qu'elle montre évidemment son intention formelle de les saisir

respectivement en vertu de son testament et à compter de son décès, des biens et droits à eux légués, de leur en interdire toute aliénation quelconque, durant l'usufruit viager de son épouse seulement, et d'en différer le partage entre eux également et par souches jusqu'après l'extinction de cet usufruit; qu'elle embrasse indistinctement dans la généralité de ses termes, tous les modes d'aliénation et de disposition et tous les engagements pris par les légataires universels en propriété pendant la période d'interdiction et qui aurait pour résultat, soit directement, soit indirectement de porter atteinte à la propriété des biens et droits légués, mais qu'elle comporte une exception qui laisse aux légataires universels en propriété toute liberté de disposer durant l'usufruit, de leurs droits aux choses légués, en faveur de leurs héritiers, c'est-à-dire au cas de mort durant l'usufruit, puisque ce titre d'héritiers ne peut être acquis que par leur décès;

“Considérant que les motifs de cette prohibition d'aliéner ne sont pas exprimés, et quelle n'est pas en termes de nullité ni sous aucune autre peine, mais qu'elle ne saurait être interprétée comme constituant un droit de retour en faveur du disposant et de ses héritiers, puisqu'il s'agit d'un testament, et que le testateur y a manifesté des intentions incompatibles avec droit de retour en faveur de ses héritiers;

“Considérant que, de cette prohibition d'aliéner, on ne peut tirer aucune conséquence nécessaire que le testateur ait voulu créer une substitution en faveur de quelqu'un, puisqu'il n'a pas témoigné en faveur de qui il faisait cette défense, ni fait connaître à qui iraient ses biens, au cas que ses légataires en propriété les aliéneraient, au mépris de sa volonté, mais qu'on peut en inférer, d'une manière plausible, qu'il avait en vue, non pas une substitution, mais bien l'intérêt de ses légataires en propriété, et qu'il voulait leur assurer tous les avantages possibles de ses

dispositions testamentaires en leur faveur, et les empêcher de sacrifier et dissiper par anticipation ce qu'il leur laissait, puisqu'en frappant les biens et droits légués d'inaliénabilité et d'indivision pendant la vie de sa veuve usufruitière, il attachait à sa libéralité une restriction qui, seule, aurait pour effet de les leur conserver pendant la période d'interdiction, d'en prévenir toute aliénation tant que l'usufruit viager de la demanderesse, par sa durée aléatoire neutraliserait la valeur de la nue-propriété dont ils seraient saisis; de les protéger contre leurs propres actes tant qu'ils n'en auraient que la nue-propriété, et de les affranchir de toutes les conséquences de leurs engagements, durant cette période, de telle sorte qu'à l'expiration du dit usufruit, ils entreraient libres de toutes charges dans le patrimoine des dits légataires en propriété;

“Considérant que le testateur a fait, à la dite prohibition d'aliéner, une exception qui laisse à ses légataires en propriété la liberté de disposer eux-mêmes, de leurs biens et droits dans sa succession, en faveur de leurs héritiers, durant la période d'interdiction; que cette exception faite sans autre condition ni indication laisse à découvrir la volonté du testateur et le sens dans lequel il a entendu le terme *d'héritiers* dont il s'est servi, que ce terme est susceptible de deux sens, puisque dans notre droit, on désigne sous le nom d'héritier celui auquel est dévolue, soit une succession *ab intestat* qui est déférée par la loi seule, soit une succession testamentaire qui procède de la volonté de l'homme, qu'il doit être entendu dans le sens avec lequel la dite exception peut avoir quelque effet, plutôt que dans celui avec lequel elle n'en pourrait avoir aucun, que pris dans le sens d'héritiers procédant de la volonté de l'homme, la dite exception a tout son effet, et le testateur a dû l'entendre dans ce sens, puisqu'il a laissé au pouvoir de ses légataires en propriété le droit d'instituer leurs héri-

tiers, que pris dans le sens d'héritiers que fait la loi seule, la dite exception est, au contraire, inutile et sans effet, et que le testateur n'a pas dû l'entendre dans ce sens puisque sans cette exception, la simple prohibition d'aliéner a l'effet de faire passer les biens et droits légués aux légataires universels en propriété, décédant *ab intestat*, durant l'usufruit de la demanderesse, à leurs héritiers légitimes ;

“Considérant que, s'il fallait entendre dans le sens d'héritiers naturels, le terme d'héritiers dont le testateur s'est servi dans la dite exception, cette disposition serait en outre nulle et illégale, comme stipulation sur la succession non-ouverte des légataires universels en propriété, et comme condition contraire à la loi et à la liberté de tester ;

“Considérant que la dite prohibition d'aliéner et la dite exception qu'elle comporte, n'ont d'effet que pendant la durée de l'usufruit de la demanderesse que leur violation ne donnerait lieu à aucune action utile durant cet usufruit et que leur effet cesse à l'expiration du dit usufruit ;

“Considérant qu'en disposant ainsi qu'il l'a fait, le testateur a investi ses légataires en propriété d'un droit attaché à leurs propres personnes, que l'incapacité dont ils sont frappés par la dite prohibition d'aliéner, rend nul tout acte émanant d'eux qui pourrait y porter atteinte et leur a donné qualité pour le faire déclarer sans effet ;

“Considérant que le dit Adolphe Fissiault dit Laramée est décédé sans postérité, et qu'il n'a nullement violé la prohibition d'aliéner portée dans le testament de son père en faisant son épouse la défenderesse sa seule héritière et en lui léguant, sans aucune réserve ni restriction, l'universalité de ses biens et droits, y compris ceux qu'il tenait de son père ;

“Considérant que, dans les circonstances, la demanderesse ne peut pas se fonder sur les dispositions testamentaires de son mari, ni sur sa prétendue qualité d'héritière

de son fils Adolphe qui l'a exclue de sa succession, pour justifier les conclusions par elle prises en cette cause contre la défenderesse;

"Considérant que, si la dite prohibition d'aliéner faite par le testateur Elie Fissiault dit Laramée, à ses légataires en propriété, avait pour cause ou considération l'intérêt de la demanderesse, pour lui éviter comme usufruitière, des conflits possibles avec des nus-proprétaires qui lui seraient étrangers, elle n'invoque pas ce moyen et elle n'est plus fondée à se plaindre après avoir traité et conclu, comme elle l'a fait avec sa brue, la défenderesse, et l'avoir reconnue comme seule héritière du dit Adolphe Fissiault dit Laramée;

"Considérant que la demanderesse n'est pas troublée ni évincée dans la propriété et la possession des biens et droits qu'elle a acquis de la défenderesse, et qu'elle n'a aucun intérêt ni droit pour exercer contre cette dernière l'action qu'elle prétend exercer, par ces motifs maintient le plaidoyer de la défenderesse, déclare la demanderesse mal fondée et l'en déboute avec dépens."

Brodeur, Garand, avocats de la demanderesse.

Beaudin, Loranger, Saint-Germain & Guérin, avocats de la défenderesse.

* * *

NOTES.—R. A. who died in Montreal, in 1893, had, by his will made there in 1890, bequeathed to M. A. and her heirs, one-fourth of his residuary estate. M. A. died in 1865 leaving a will appointing five of her children her universal legatees. R. A. subsequently took communication of the will of the deceased M. A. and made a codicil to his own will in the terms following: "With respect to the share of the residue of my property which I bequeathed by my will to my sister, the late M. A., my will and desire is that her said share of said residue shall go to her heirs."

Held, Gwynne and Girouard, JJ., dissenting: "That under

the provisions of the Civil Code of Lower Canada, the words "her heirs" in the codicil must be construed as meaning the persons to whom the succession of M. A. devolved as universal legatees under her will."

C. Supr., Allan vs Evans, 30 R. C. Supr., 416.

"Under a devise to the testator's own right heirs, the beneficiaries would be those who would have taken in the case of intestacy unless a contrary intention appears, and where there was a devise to the only daughter of the testator conditionally upon events which did not occur, and, under the circumstances, could never happen, the fact of such a devise was not evidence of such contrary intention, and the daughter inherited as the right heir of the testator."

C. Supr., In re Ferguson, Turner vs Bennett and Carson vs Coatsworth, 28 R. C. Supr., 38.

COUR DE REVISION.

Action en garantie. — Moyens de défense. — Frais.

MONTREAL, 20 novembre 1909.

CHARBONNEAU, DUNLOP, BRUNEAU, JJ.

**DAME PHILOMENE MONETTE vs LA CITE DE MONTREAL
& ELLISON, défendeur en garantie.**

JUGÉ.—1o. Que lorsque l'occupant entretient son trottoir en bon ordre, mais qu'il intervient du mauvais temps, il faut lui accorder un temps raisonnable pour enlever la neige et répandre de la cendre comme le veulent les Règlements de la Cité de Montréal;

20. Qu'en réponse à une action en garantie, le défendeur ne peut que plaider qu'il n'est pas tenu à la garantie qu'on lui demande, ou intervenir et prendre le fait et cause du demandeur en garantie; que, s'il conteste l'action en garantie en alléguant des moyens propres à faire renvoyer l'action principale, il sera condamné aux frais de l'action en garantie même si cette dernière est renvoyée.

Code civil, article 1653.

La demanderesse poursuivit la Cité de Montréal en dommages pour \$1,999 à la suite d'une chute sur le trottoir causée par le mauvais entretien de ce trottoir durant l'hiver.

La défenderesse appela en garantie l'occupant de l'immeuble vis-à-vis le trottoir comme étant celui qui était chargé par la loi de son entretien.

Les défendeurs en garantie contestèrent l'action en garantie et alléguèrent que la Cité de Montréal ne pouvait les appeler en garantie parce qu'ils avaient entretenu leur trottoir en bon ordre et y avaient répandu de la cendre conformément aux Règlements de la Cité de Montréal; que l'accident n'a pu avoir lieu que par la faute de la demanderesse ou par suite du fait qu'une planche dans le trottoir était en mauvais ordre, et qu'elle n'est pas responsable de ce défaut d'entretien.

La cour Supérieure a renvoyé l'action de la demanderesse, ainsi que l'action en garantie, sur le principe que le trottoir avait été bien entretenu le jour de l'accident; que la température avait été tellement mauvaise durant la journée qu'il était nécessaire de donner un délai raisonnable à ceux qui devaient entretenir le trottoir et y mettre de la cendre. Mais elle a condamné les défendeurs en garantie aux frais de l'action en garantie, parce que ces derniers ne pouvaient plaider, à l'encontre de l'action en garantie, des moyens tendant à faire renvoyer l'action principale. Voici les raisons de ce jugement:

Martineau, J. — "Il n'y a aucun doute que l'accident

est arrivé à raison de l'état glissant du trottoir et qu'il n'y avait alors sur ce trottoir ni cendres, ni bran de scie. Trois témoins de la défenderesse le jurent positivement, et parmi ces trois témoins, deux sont des employés de la Cité, dont l'un est même le contremaître de la voirie dans cette partie de la ville.

“Mais d'un autre côté, il a été prouvé: (1) que s'il n'y avait pas de cendres sur le trottoir à l'heure de l'accident, les défendeurs en garantie y en avaient mis le matin entre sept heures et demie et huit heures, et en avaient soigneusement enlevé la neige dans le même temps; (2) que durant la nuit du 15 au 16, il y avait eu une forte tempête de neige et que la neige avait continué à tomber jusqu'à onze heures de l'avant-midi le 16, et que ce n'est qu'à cette heure que le froid commença, que la neige gela et que les trottoirs devinrent glissants.

“Dans ces circonstances, la défenderesse peut-elle être tenue responsable de l'accident arrivé à la demanderesse?

“L'opinion qui impose aux municipalités l'obligation de tenir les trottoirs libres de neige et de glace y apporte néanmoins un tempérament qu'exigeait certainement l'équité, et qui adoucit son extrême sévérité.

“Elle admet que la municipalité échappe à toute responsabilité: (A) si elle a généralement entretenu le trottoir en bon état; (B) ou si les conditions ou changements climatiques ne lui ont pas donné un temps raisonnable pour faire ces travaux avant l'accident. *Code civil de Beauchamp, art. 1053, nos 16, 17, 63, 64, 65, 66.* Parmi les diverses causes rapportées sous ces numéros, et qui toutes consacrent l'une ou l'autre de ces exceptions, il convient de remarquer spécialement celles de *D'Estimonville vs La Cité de Montréal, 18 C. S., 470, Archibald, J., et de Gunlac*, aussi contre la *Cité de Montréal, 17 C. S., 294, Loranger, J.* En ces deux causes, il s'était écoulé de quatre à cinq heures

entre le temps où la neige avait commencé à se durcir et geler, et l'heure de l'accident. C'est le même délai qui a eu lieu dans la présente cause. M'appuyant sur ces deux décisions et les autres auxquelles j'ai référé généralement, bien que personnellement je sois d'opinion que les unes et les autres vont encore trop loin, et que, suivant moi, les corporations ne sont pas, par le droit commun, responsables de l'état ordinairement et naturellement glissant des trottoirs durant l'hiver, *Dillon* (1906), *Smith* (1034), *Shearman & Redfield* (147), et qu'elles ne sont pas tenues d'y répandre des cendres ou autres matières semblables, j'en arrive à la conclusion que la défenderesse ne saurait être responsable de l'accident dont se plaint la demanderesse, parce que le trottoir sur lequel elle a glissé avait été mis en bon ordre le matin et que les changements climatiques de la journée ont été tels que la Cité ou les défendeurs en garantie n'ont pas eu un temps raisonnable pour y répandre de nouveau de la cendre, et qu'ils ne peuvent en conséquence être taxés de négligence.

Quant à l'action en garantie.

L'action principale étant renvoyée je ne puis évidemment pas accorder les conclusions de l'action en garantie, mais des frais ont été encourus sur cette action, et il me faut décider qui devra les supporter? La question doit se résoudre par les principes ordinaires qui règlent la matière des dépens, et ils doivent être à la charge de la demanderesse en garantie si le plaidoyer des défendeurs en garantie est bien fondé, et dans le cas contraire, ils doivent être payés par ces derniers.

Les défendeurs en garantie ont plaidé que la demanderesse n'avait pas le droit de les appeler en garantie; qu'ils avaient, dans la matinée de l'accident, nettoyé leur trottoir et y avaient répandu de la cendre comme l'exigeaient les Règlements de la Cité; que l'accident n'est pas arrivé par

leur faute et négligence; que le trottoir en question, trottoir en bois, était pourri et qu'il y manquait des planches en plusieurs endroits; que l'accident a été causé, soit par cette condition défectueuse de ce trottoir, soit par la négligence de la demanderesse principale, qui, marchant sur le bord du trottoir, serait tombée sur la chaussée.

“Les défendeurs ne pouvaient plaider, à l'encontre de l'action en garantie, qu'ils avaient tenu leur trottoir en bon état, et suivant que l'exigeaient les Règlements de la Cité, non plus que l'accident était arrivé par la faute de la demanderesse elle-même. C'était là des moyens propres à faire renvoyer l'action principale, mais non l'action en garantie.

“La garantie est l'obligation, soit légale, soit conventionnelle, d'indemniser quelqu'un de certains préjudices ou de le protéger de certaines attaques.

“L'action en garantie a pour but de faire exécuter cette obligation, et elle naît, non seulement du jugement qui cause ce préjudice ou maintient cette attaque, mais aussi de l'institution même de l'action dont les conclusions tendent à l'une ou à l'autre de ces conséquences. Le garanti n'a pas à se demander si l'action principale est bien fondée ou non, mais qu'elle le soit ou non, il a droit à son action.

“Il s'ensuit que les défendeurs en garantie ne peuvent non plus plaider qu'ils ne sont pas garants, parce que l'action principale est mal fondée.

“Ces moyens de défense étaient donc mal fondés en droit. L'autre moyen, savoir: que l'accident était arrivé par la faute de la demanderesse en garantie, à raison de la condition défectueuse du trottoir, pouvait valablement être invoqué contre l'action en garantie; mais si ce moyen est bien fondé en droit, il ne l'est pas en fait.

“La preuve démontre hors de tout doute, je viens de le dire, que le trottoir était couvert de glace, et que c'est sa

condition glissante qui a fait tomber la demanderesse principale.

“De fait, les défendeurs en garantie n’ont pas fait entendre un seul témoin pour prouver le contraire. Ils ont simplement fait la preuve que le trottoir, à l’endroit où l’accident est arrivé, était défectueux, et que la demanderesse aurait pu s’accorder et tomber dans les trous qui y existaient.

“Cela aurait probablement pu arriver, mais cela n’est certainement pas arrivé, car ces trous, comme les planches pourries, étaient recouverts de neige et de glace, et, je le répète, c’est l’état glissant de cette neige durcie et de cette glace qui est la cause de l’accident.

“Le plaidoyer des défendeurs en garantie était donc mal fondé en droit et en faits, et tout en renvoyant l’action en garantie, par ce qu’elle tombe nécessairement avec l’action principale, les défendeurs doivent payer les frais de leur contestation. Je n’inclus pas dans cette condamnation les frais du bref, de sa signification et de son rapport; je pourrais les mettre à la charge de la demanderesse principale, qui les a rendus nécessaires par son action mal fondée, mais je les laisse, vu les circonstances, à la charge de la demanderesse en garantie.” *Jousse, Commentaires sur l’Ordonnance de 1667, p. 107.*

La cour de Révision a confirmé ce jugement :

Dunlop, J. — “There appeared to be put two questions to decide: — 1. Was the judgment right in dismissing the principal action, with costs? and 2. Was the judgment right in condemning the defendants in warranty to pay the costs of contestation of the action in warranty?

“As to the first point: was the defendant guilty of negligence? The accident occurred at 3 p.m. on 16th November, 1906. The trial held that, owing to climatic conditions, defendant was not responsible towards plaintiff. This court would be loath to interfere with the judgment of the

court below unless the evidence had not been properly appreciated. The learned judge held that inasmuch as the sidewalk on which plaintiff slipped had been put in good order on the morning of the day of the accident and the climatic conditions of the day were such that the defendant, and the defendants in warranty, had not reasonable time to attend to the sidewalk and put cinders on it, that they could not consequently be held guilty of negligence. The evidence seems to sustain this pretension.

"We think it is shown that shortly after 11 o'clock, in the morning of the day in question the weather turned colder, the snow (fallen the night before and removed early in the morning by defendants in warranty) freezing and the sidewalk become slippery. Ashes were put on the sidewalk early in the morning. It was then snowing, raining and sleeting all together. The water froze as it reached the ground. (His Lordship here refers to *nos* 16, 17, 63, 64, 65 and 66 under article 1053 C. c., *Beauchamp*; *no* 1390, *S. C. M.*, *Filion vs City of Montreal*; *no* 744, *S. C. M.*, *Smith vs City of Montreal*).

"The second question as to whether the judgment was correct in dismissing the action in warranty, but condemning defendants in warranty to pay the costs of contestation, should, we think, be answered affirmatively.

"The defendants in warranty instead of intervening in the principal suit pleaded that the accident was caused by the faulty and bad condition of the sidewalk under the snow. We think (that is, the majority of the court) that all the defendants in warranty should have done was either to intervene in the principal suit or to plead that they were not bound to warrant the defendant; and therefore the defendants in warranty were properly condemned to pay the costs of contestation. Judgment confirmed, with costs in both courts."

Bruneau, J. — "Je concours avec le jugement de la cour

inférieure sur l'action principale, et bien que j'arrive également au même résultat sur l'action en garantie, c'est néanmoins pour des motifs différents.

"Ainsi, le savant juge dit que le défendeur en garantie ne pouvait alléguer contre l'action en garantie qu'il avait entretenu en bon état le trottoir vis-à-vis sa propriété conformément au règlement municipal, ni que l'accident avait été le résultat de la négligence de la demanderesse. Ces raisons, dit-il, pouvaient justifier le renvoi de l'action principale, mais non pas l'action en garantie.

"Je ne suis pas de cette opinion.

"Les défendeurs en garantie pouvaient plaider tous moyens qui pouvaient faire renvoyer l'action en garantie. La cour d'Appel a décidé ce principe dans la cause de *The Montreal Street Railway Co. vs The Town of St. Louis*, 18 B. R., 160, et dans la cause de *The City of Montreal vs The Parish of St. Agnes*.

"Ces deux jugements sont récents et s'appliquent à cette cause. Cette dernière cause n'est pas encore rapportée, mais elle a été décidée en appel en décembre 1908.

"Si les défendeurs en garantie avaient plaidé, comme ils pouvaient le faire, d'après la jurisprudence la plus récente fixée par la cour d'Appel, que je viens de citer, que l'accident avait eu lieu à la suite de conditions climatologiques ce jour-là, j'aurais certainement été d'opinion de renvoyer l'action en garantie. Mais au lieu de plaider ce moyen qui est celui sur lequel l'action principale a été renvoyée, les défendeurs en garantie se sont contentés de plaider que le trottoir était en mauvais état, parce que le bois en était pourri, et que la demanderesse serait tombée et se serait blessée en passant sur le bord d'une planche de ce trottoir. N'ayant pas prouvé cette allégation, les défendeurs en garantie doivent être condamnés aux frais seulement. Ils ne peuvent être condamnés à payer aucune indemnité à la demande-

resse en garantie, car cette dernière a réussi à faire renvoyer l'action principale.

“Avec ces explications et pour ces raisons, je suis d'opinion de confirmer le jugement sur l'action en garantie.”

Beaudin, Loranger & St-Germain, avocats de la demanderesse.

Ethier, Archambault, Lavallée, Damphouse, Jarry & Butler, avocats de la défenderesse et de la demanderesse en garantie.

E. W. Place, avocat des défendeurs en garantie.

* * *

NOTES.—Il est de jurisprudence constante qu'il faut tenir compte de la température pour déterminer la responsabilité d'une corporation municipale ou d'un individu tenu à l'entretien d'un trottoir en cas d'accident.

Lorsque le mauvais état d'une rue ou d'un trottoir est le résultat de causes climatiques que la corporation municipale ne peut raisonnablement contrôler, cette dernière n'est pas responsable des dommages résultant de ce mauvais état. *Q. B. Corporation de Sherbrooke vs Short*, 15 R. L., 283; *Pagnuelo, J., Foley vs La Cité de Montréal*, 2 C. S., 318; *Davidson, J., Morris vs La Cité de Montréal*, 3 C. S., 342; *Torrance, J., Lulham vs City of Montreal*, 6 L. N., 93; *Archibald, J., Bonin vs La Cité de Montréal*, 15 C. S., 492; *Pagnuelo, J., Oliver vs Town of Westmount*, 16 C. S., 426; *De Lorimier, J., Flamand vs Mandeville*, 4 R. J., 546; *Lemieux, J., Trudeau vs Cité de Sainte-Cunégonde*, 7 R. J., 230; *B. R., La Corporation du Canton de Douglass vs Maker*, 11 Q. L. R., 294; *B. R., Beauceage vs La Corporation de Deschambault*, 14 R. L., 655; *Archibald, J., D'Estimaerville vs Cité de Montréal*, 18 C. S., 470; *Archibald, J., Leclere vs La Cité de Montréal*, 15 C. S., 205; *Loranger, J., Walsh vs La Cité de Montréal*, 5 C. S., 208; *De Lorimier, J., Grace vs Canada Shipping Co.*, 6 C. S., 494; *Tellicier, J., Blanchette vs La Cité de Montréal*, 6 C. S., 507; *C. Supr.*, 1887, *Canadian Pacific Ry. Co. vs Chalifoux*, 22 R. C. Supr., 721; 9 L. N., 164; *Loranger, J., Eunlack vs La Cité de Montréal*, 17 C. S., 294.

"Le défendeur en garantie, en matière de garantie formelle, ne peut repousser l'action en garantie du demandeur en garantie en opposant, à ce dernier, des moyens qui tendraient à démontrer que l'action principale est mal fondée, mais il doit prendre le fait et cause du demandeur en garantie et opposer ces moyens au demandeur principal."

Lacoste, J., p. 220.—"Le défendeur en garantie formelle peut-il opposer au demandeur en garantie les moyens qui peuvent être invoqués contre l'action principale?"

"Le but principal et direct de l'action en garantie, en matière de garantie formelle, est de forcer le défendeur en garantie à prendre le fait et cause du demandeur en garantie dans l'action principale et de permettre à ce dernier de sortir de la cause. Par conséquent, le défendeur en garantie ne peut obliger le demandeur en garantie à discuter le mérite de l'action principale dans l'action en garantie, ce qu'il serait tenu de faire dans l'espèce, si les allégations du défendeur en garantie n'étaient pas rejetées. La question des frais ne nous est pas soumise actuellement. Si le défendeur en garantie réussit à faire rejeter la demande principale, alors la Cour sera appelée à décider si le défendeur en garantie doit être tenu ou non responsable des frais de l'action en garantie."

B. R., 1898, Walker vs Pease, B. R., 218.

"Le garanti, en matière de garantie simple, ne peut pas demander que son garant prenne son fait et cause et lui soit substitué comme défendeur dans l'action principale."

"Il a le choix d'une action incidente pour le faire intervenir aux fins de contester l'action et de subir la condamnation, ou, après que celle-ci a été prononcée, d'une demande récursoire, pour en recouvrer le montant en capital et frais. Dans le premier cas, comme dans le deuxième, le garant ne peut être condamné, même aux frais de la demande en garantie, qu'autant que la demande principale est elle-même suivie de la condamnation du garanti."

B. R., 1908, La Compagnie de chemin de fer Urbain de Montréal vs La Ville Saint-Louis, 18 B. R., 160.

"Lorsque la Cité de Montréal est poursuivie en dommages pour accident de trottoirs, elle n'a de recours en garantie contre le propriétaire riverain qu'en établissant que c'est la faute et

la négligence de ce dernier qui sont la cause de l'accident arrivé et des dommages en résultant; 2o. Que l'action en garantie prise dans une action en dommages à être instruite devant un jury, n'est pas susceptible d'un procès par jury, même du consentement des parties et alors que les deux causes ont été réunies, à cette fin."

B. R., 1908, *La Cité de Montréal vs Les Marguilliers de l'Œuvre et Fabrique de Sainte-Agnès*, 15 *R. L.*, n. s., 139.

COURT OF REVIEW.

Bank. — Securities. — General indebtedness. — Discount refused.

MONTREAL, 20th november 1909.

TELLIER, CHARBONNEAU, DUNLOP, JJ.

FREEDMAN SON & COMPANY *vs* THE DOMINION BANK.

HELD.—That a bank has no lien on bills and notes left with it to be discounted and refused, nor on securities delivered to it for inspection or criticism to secure the general indebtedness to the bank of the owner of these papers.

Civil code, articles 1975, 1978.

The plaintiffs' action is a *Saisie Revendication*. They seek to revendicate a number of bills and notes in the possession of the defendant bank, which they claim as their property.

The defendant pleaded by denying having the possession of these effects, but admitted having in its possession a note of each claimed for another amount; and that defendant is entitled to retain possession of all said bills and notes until plaintiffs shall have repaid to it any indebtedness which may be due to it, and to apply the proceeds thereof to the liquidation of said indebtedness; and that it has a banker's lien upon them for the amount due by plaintiffs at the time the action was taken, to wit, \$1,556.57, and for further sums which have since become due; and, further, because it has a lien upon said bills and notes in virtue of a contract and agreement, and of the custom of dealing between them, whereby the bank became entitled to retain said paper as collateral security for the repayment of all advances made to plaintiffs by way of discount or otherwise until repayment, and became entitled to apply the proceeds of the same in liquidation of any indebtedness existing from time to time, and at the time of the institution of plaintiff's action it had under discount for plaintiff's paper on which it had advanced \$23,258.

The plaintiffs joined issue with the defendant as to the alleged lien claimed by it.

The bills and notes revendicated were offered to the bank to be discounted but were refused. Since the institution of the action they have been returned by defendant to plaintiffs.

The pleas was maintained by the Superior Court, (Sir M. M. Tait, C. J.) and the *Saisie Revendication* dismissed with costs against plaintiffs in continuance of suit in his quality of curator.

This judgment was reversed by the Court of Review, by the following judgment:

"Considering that there is error in the said judgment of the said day, dismissing plaintiffs' action with costs against

plaintiff *par reprise d'instance* in his quality of curator to the insolvent estate of plaintiffs;

“Considering that since the institution of the present action in revendication, the notes and bills seized in the possession of the defendant have been returned by defendant to plaintiffs;

“Considering that plaintiffs’ action when taken was well-founded, and defendant had no right to keep and retain, against the wish of plaintiffs, certain bills and notes in question in this cause, and submitted to the bank for discount only, when and as it did;

“Considering that the bank defendant refused to discount any of said bills or notes or to return them to plaintiffs although thereto requested;

“Considering that the plaintiff *par reprise d'instance* in his quality of curator to the insolvent estate of the plaintiffs, is entitled to be paid the costs of said action in revendication as brought, the said bills and notes having long since been returned to plaintiffs, and the question of costs is now alone in dispute;

“This Court proceeding to render the judgment which the Superior Court should have rendered, doth reverse the judgment of the Superior Court, and doth condemn the defendant to pay to the plaintiff *par reprise d'instance* in his quality of curator to the insolvent estate of the plaintiffs, the costs of the present action in the Superior Court, and also the costs in Review; and it is ordered that the record be remitted to the Court below.

Dunlop, J. — “The whole question in this case is as to whether the bank had the right to retain the bills and notes submitted by plaintiffs to it for discount. The plaintiffs submit that the evidence, even if admissible, does not disclose an agreement giving the defendant a lien and that no such lien could otherwise arise.

"The plaintiffs had for some years previous to the institution of the present action been customers of the defendant and were allowed an extensive line of discount required by their business.

"On or about the 4th May, 1906, in accordance with the usual custom, plaintiffs submitted a number of bills of exchange and promissory notes for discount, amounting to \$4,908.37, of which about \$2,000 was accepted paper and the balance not accepted. Mr. Bogert, the local manager of the bank, according to Mr. Freedman, sr., objected to the unaccepted paper and asked for a guarantee on receipt of which he promised to discount the paper. The plaintiffs then obtained and handed Mr. Bogert a letter from Mr. J. A. Jacobs, guaranteeing acceptance but not payment; Mr. Bogert kept all the bills and notes submitted to look over—criticize, as he said—but at the last moment refused to discount any of the paper and at the time refused to return bills and notes submitted. Mr. S. Freedman, one of the plaintiffs, at page 6 of his deposition, was interrogated as follows:

(Extract of the witness's deposition *verbatim*).

"It seems to us very extraordinary that a bank manager should pretend that he had a right to retain bills merely offered for discount; and great inconvenience would follow were merchants denied the right of offering their paper to a second bank when refused discount by a first.

"The proof establishes that the bank did not come into possession of the bills in the usual course of business, and that having refused to discount them, at a time when plaintiffs had a balance to their credit, it had no right to refuse to return them to plaintiffs.

"We think that a bank has no lien on securities left with it for inspection or criticism. The rule with regard to

bankers' liens is laid down in the leading case of *Brandao vs Barnett*, 3 *Ruling cases*, 592."

Jacob & Garneau, attorneys for plaintiffs.

Davidson & Wainright, attorneys for defendant.

* * *

NOTES.—"Que des effets de commerce mis en gage, pour garantir une créance déterminée, ne pourront être retenus, par le créancier gagiste, jusqu'à ce qu'une dette antérieure à celle pour laquelle les effets ont été mis en gage soit payée, à moins qu'il ne prouve une convention spéciale à cet effet."

The Exchange Bank vs City & District Savings Bank, 14 *R. L.*, 8.

"Des effets de commerce mis en gage pour garantir une créance déterminée, ne pourront être retenus par le créancier gagiste jusqu'à ce qu'une dette antérieure à celle pour laquelle les effets ont été mis en gage soit payée, à moins qu'il ne prouve une convention spéciale à cet effet."

Mathieu, J., 1885, *Banque d'Echange du Canada vs Banque d'Epargne de la Cité et du District de Montréal*, 14 *R. L.*, *M. L. R.*, 2 *C. S.*, 61; *M. L. R.*, 6 *B. R.*, 196; 9 *L. N.*, 67; 13 *L. N.*, 354; 30 *J.*, 185.

In the case of *Brandao vs Barnett*, Exchequer Bills were delivered to the Bank to be exchanged. After the receipt of the new Exchequer Bills by the Bank, but before they were delivered to the customer, the latter's account was overdrawn, and the former accordingly claimed a general lien.

Lord Campbell, says:—

"The exchequer bills for which the action is brought are new exchequer bills, which the defendants obtained for the express and only purpose of being delivered by them to Burn, that he might deposit them in the tin box of which he kept the key... How can it make any difference that on the particular occasion out of which this action originated, from the illness of Brown, so long a time elapsed from obtaining of the securities, without their being demanded by him, for the purpose of being locked up in the tin box; for if the defendants had not a right of lien upon them, the moment they obtained them, the actual lien

clearly could not afterwards be claimed when his account has been overdrawn."

Brandao vs Barnett, 3 *Ruŕing Cases*, 592.

"A banker cannot select some bills for the purpose of making advances on them, and refused others, yet claimed to keep those which he had refused, till he knew whether those on which he had made advances would be paid." *Davis vs Bowker*, 5 *T. R.*, 488.

"A banker will have no lien on documents left casually in his bank after he has refused to advance money on them as a security. There, a customer, already indebted to his bankers, applied for a further advance on the security of a lease, which the bankers declined to make. The lease however remained in their possession down to and after the time the customer became bankrupt. It was held the bankers had no lien." *Lucas vs Dorrien*, *Hart*, p. 747.

The principle of general lien is recognized on papers accepted as securities either discounted or as collateral.

"The Bank has, in the absence of any inconsistent special agreement, a general lien for all that is due to it from the customer." *Falconbridge, Banks & Banking*, p. 151.

"By the Law Merchant, which is part of the Common Law, a Bank has a general lien upon the securities of its customers in its hands." *McLaren, Banks & Banking*, pp. 126 & 127.

"A Banker has a general lien upon all securities in his hands belonging to any particular person, for his general balance." *Dav's vs Bowsher*, 5 *Term Reports*, p. 491.

"By implication of law a Banker has a lien upon all negotiable securities and moneys placed by a customer in his hands, as Banker, if and so long as a customer is indebted to him, either in respect of an overdrawn current account, or of acceptances on account of the customer, which exceeds the amount of the cash balance, unless there be an express contract or circumstances which show an implied contract, inconsistent with this lien." *Per Lord Campbell, Brandan vs Barnett*, 12 *Cl. & T.*, p. 787, at p. 806.

Hart, Law of Banking, pp. 701 *et seq.*

COUR DE REVISION.

Compensation. — Dettes claires et liquides. — Billets promissaires. — Pension. — Prescription.

MONTREAL, 19 février 1910.

Sir M. M. TAIT, J. C., TELLIER, CHARBONNEAU, J.J.

E. A. GLADU *vs* DAME B. HURTUBISE *et vir.*

Jugé.—1o. Qu'une dette qui n'est pas absolument claire et liquide peut être offerte en compensation, pourvu qu'elle soit facile à prouver;

2o. Que l'on peut repousser une action basée sur des billets promissaires en offrant en compensation une créance pour pension, quoique le temps de se prévaloir de cette créance par action directe était expiré.

Code civil, articles 1188, 2246.

L'action réclamait \$375 sur cinq billets promissaires.

La défenderesse offrait en compensation une somme de \$719 que le demandeur lui devait, savoir: \$619 pour la valeur de deux repas par jour depuis le 1er mai 1905, à raison de 25 centins par repas, soit 2,476 repas, et \$100 pour 40 jours de perte de temps, alors qu'il était au service de la défenderesse.

OUVRAGES RECEPENT PARIS

LES TOMES I-II-III-IV & V DU

COURS DE DROIT CIVIL

DE LA PROVINCE DE QUEBEC.

Par L'HON. F. LANGELIER, Docteur en Droit, Juge de la Cour Supérieure et
Professeur de Droit Civil à l'Université Laval.

*Ces volumes contiennent une introduction générale, un précis d'histoire du Droit
Canadien et l'explication des articles 1 à 1829 du Code Civil.*

L'ouvrage entier formera 7 volumes.

PRIX : Pour les souscripteurs seulement, chaque volume relié $\frac{1}{2}$ chagrin ou
 $\frac{1}{2}$ veau, \$6.00.

N. B.—Le Tome 6ème est sous presse

DE LA FORME

DES

TESTAMENTS

PAR

JOSEPH SIROIS, LL.L.

NOTAIRE DE QUEBEC.

1^{er} vol. in-8 400 pages,

Prix : broché, \$3.00, relié K chag. \$3.50

WILSON & LAFLEUR, Limitée, Editeurs

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

17 et 19, rue St-Jacques,

MONTREAL, Canada.

Vient de Paraitre !! { 1 vol. in-8 de 1300 pages
Prix : relié $\frac{1}{2}$ veau, \$10.00

RÉPERTOIRE

DE LA

Revue Légale, N. S.,

ET DE LA

Revue de Jurisprudence

SOUS FORME

ALPHABETIQUE ET CHRONOLOGIQUE

CONTENANT

UN RÉSUMÉ DES DÉCISIONS JUDICIAIRES CANADIENNES ET ÉTRANGÈRES AVEC LES
NOMS DE LA COUR, DES JUGES ET DES PARTIES, LA DATE DU JUGEMENT
ET LES AUTORITÉS CITÉES, AINSI QUE LES ÉCRITS PUBLIÉS
DANS LES 24 DERNIERS VOLUMES DE CES
REVUES, SUIVIS D'UNE TABLE
DES CAUSES.

PAR

J. J. BEAUCHAMP, LL.D., C.R.

Avocat au Barreau de Montréal.

*Auteur de "The Jurisprudence of the Privy Council", du "Répertoire de la Revue
Légale", du Code Civil Annoté" et Rédacteur de la "Revue Légale, n.s."*

L'étude du droit élève l'âme de ceux qui s'y
vouent, leur inspire un profond sentiment de la
dignité humaine, et leur apprend la justice, c'est-à-
dire le respect pour les droits de chacun.
(ESRACH, Étude du droit, p. 12.)

WILSON & LAFLEUR, Limitée, Editeurs

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE LIVRES DE DROIT
ET DE JURISPRUDENCE.

Nos 17 et 19, RUE ST-JACQUES,

MONTREAL