

EUGENE PROSPERE BENDER }  
(DEFENDANT) .....

APPELLANT;

1887

\* March 7, 8.

\* Dec. 13.

AND

CHARLES W. CARRIER *et al.*, }  
(PLAINTIFFS) .....

RESPONDENTS.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH FOR  
LOWER CANADA (APPEAL SIDE).

*Executory contract—Non-fulfilment of—Action for price—Temporary  
exception—Incidental demand—Damages—Cross-appeal.*

In March, 1883, B. contracted with C. *et al.* for the delivery of an engine in accordance with the Herreshoff system to be placed in the yacht "Ninie" then in course of construction. The engine was built, placed in the yacht, and upon trial was found defective. On the 31st August C. *et al.* took out a *saisie conservatoire* of the yacht "Ninie" and claimed \$2,199.37 for the work and materials furnished. B. petitioned to annul the attachment and pleaded that the amount was not yet due, as C. *et al.* had not performed their contract, and by incidental demand claimed a large amount. After various proceedings the *saisie conservatoire* was abandoned and the Court of Queen's Bench, on an appeal from a judgment of the Superior Court in favor of B., both on the principal action and incidental demand, ordered that experts be named to ascertain whether the engine was built in accordance with the contract and report on the defects. A report was made by which it was declared that C. *et al.*'s contract was not carried out and that work and materials of the value of \$225 was still necessary to complete the contract.

On motion to homologate the experts' report, the Superior Court was again called upon to adjudicate upon the merits of the demand in chief and of the incidental demand, and that court held that as C. *et al.* had not built an engine as covenanted by them, B's plea should be maintained, but as to the incidental demand held the evidence insufficient to warrant a judgment in favor of B. On appeal to the Court of Queen's Bench that court, taking into consideration the fact, that the yacht "Ninie" had, since the institution of the action, been sold in another suit at the instance of one of B's. creditors, and purchased by C. *et al.*, the proceeds being deposited in court to be distributed amongst

\* PRESENT—Sir W. J. Ritchie, C.J., and Strong, Fournier, Henry and Taschereau JJ.

1887  
 BENDER  
 v.  
 CARRIER.

B's. creditors, credited B. with \$225 necessary to complete the engine, allowed \$750 damages on B's. incidental demand, and gave judgment in favor of C. *et al.* for the balance, viz., \$1,225 with costs.

The fact of the sale and purchase of the yacht subsequent to the institution of the action did not appear on the pleadings.

On appeal to the Supreme Court of Canada and cross-appeal as to amount allowed on incidental demand by Court of Queen's Bench it was:

*Held*, reversing the judgment of the Court of Queen's Bench, Sir W. J. Ritchie C.J. and Taschereau J. dissenting, that as it was shewn that at the time of the institution of C. *et al.*'s. action, it was through faulty construction that the engine and machinery therewith connected could not work according to the Herreshoff system, on which system C. *et al.* covenanted to build it, their action was premature.

*Held* also, that the evidence in the case fully warranted the sum of \$750 allowed by the Court of Queen's Bench on B's. incidental demand, and therefore he was entitled to a judgment for that amount on said incidental demand with costs. Taschereau J. was of opinion on cross appeal, that B's. incidental demand should have been dismissed with costs.

**APPEAL** and cross-appeal from the judgment of the Court of Queen's Bench for Lower Canada (appeal side) reversing judgment of the Superior Court.

The action was brought for the recovery of an amount of \$2,199.37 being the balance of the sum of \$3,199.37, consisting of an amount of \$2,000—the price agreed upon for the construction of an engine, and \$1,199.37 for materials supplied to and work done by the plaintiffs for the defendant. It was accompanied by a writ of attachment by means of which the plaintiffs caused to be seized the steam yacht, "Ninie," upon which the work had been performed.

The pleadings, writings forming part of the contract, and the various incidents and proceedings in the cause until the judgment now appealed from was rendered are sufficiently stated in the head note and judgments hereinafter given.

*Irvine Q.C.* and *Amyot* for appellant contended that

as a matter of fact, three courts and a report of experts, had all found that the plaintiffs had not fulfilled their contract to furnish an engine on the Herreshoff system, which worked perfectly; that their action was premature, and that the evidence warranted the judgment delivered in the Superior Court in favor of the defendant on his incidental demand.

*Bossé* Q.C. for respondents contended that if there was any defect in the engine or its working, the appellant was responsible, as the plaintiffs followed the plans and had carried out his instructions, he having himself superintended the putting in of the engine and placed it in charge of a second class engineer, who had never before heard of a Herreshoff boiler, and, moreover, that as the engine had been sold to pay off the defendant's liabilities, it was impossible for plaintiffs to complete the engine as directed by the Superior Court, and the Court of Queen's Bench justly and rightly held that the defendant could not, by allowing the vessel to be sold, deprive plaintiffs of all recourse for the sum of \$2,000, being for work which had increased the price of adjudication by that amount. On the cross-appeal the learned counsel contended that if plaintiffs were entitled to succeed on the principal demand there could be no cross demand, and, moreover, that the damages claimed were not proved.

*Irvine* Q.C. in reply contended that the engine had been placed in the yacht by plaintiffs and they were responsible for its proper working, and that the fact of the sale of the "yacht" was not before the court, but if that fact is taken into consideration as a ground for saying that the respondents are no longer, through no fault of theirs, in a position of fulfilling their contract, it must be remembered that it is equally admitted by respondents, that the yacht has been bought by them and is still in their possession.

1887  
BENDER  
&  
CARRIER.

1887

BENDER  
v.  
CARRIER.  
Ritchie C.J.

Sir W. J. RITCHIE C.J.—This was an action brought by Carrier to recover a certain amount claimed for the price of an engine for a yacht delivered to Bender. There is a cross demand for damages. It cannot be denied that Carrier did not fulfil his contract according to its terms, and by reason of the non-performance of the contract, a deduction from the amount claimed S. was allowed by the court below. After careful consideration of the case I think the judgment of the Court of Appeal should be affirmed.

The yacht has been sold at the suit of Bender's creditors, and he has consequently received its value less, it may be assumed, the amount the experts found Carrier's work was deficient. By this sale it was obviously put out of the power of Bender to call on Carrier to make good the deficiencies and complete the yacht. But he or his creditors must be assumed to have received the value and consideration for the yacht, which included the engine supplied by Carrier and for which he ought to pay less \$225 the value found by the experts, which the Court of Appeal adopted and with which we should not interfere, as the deficiency in Carrier's contract. In addition to this Bender should receive in reduction of the price he was to pay for the yacht, the amount of damages which Bender sustained by reason of the non-completion of the contract; this the Court of Queen's Bench has awarded him, amounting to \$750, and I am not prepared to say erroneously. The result therefore is, viz:—

Amount of contract and materials .....	\$3,199 37
Damages .....	\$750
Deduction in accordance with report of experts	225
	<hr/>
	975 00
	<hr/>
	\$2,224 37
Paid on account .....	1,000 00
	<hr/>
Amount awarded by Court of Queen's Bench . .	1,224 37

STRONG J.—I have read the judgment which will be delivered by my brother Fournier, and I concur in the conclusions which he has arrived at and the reasons given by him therefor.

1887  
 BENDER  
 v.  
 CARRIER.  
 Strong J.

FOURNIER J.—Cette cause, quoique en apparence fort compliquée par les nombreux incidents de procédures auxquels elle a donné lieu, n'offre cependant qu'une simple question de fait à résoudre. Il s'agit uniquement de savoir si le contrat fait entre l'appelant Bender et les intimés Carrier *et al* pour la construction de l'engin du yacht "Ninie" a été exécuté de manière à donner droit d'action aux intimés pour le prix du contrat.

Ce contrat a été formé par les écrits suivants :—

Lévis, P. Q., 6 mars 1883.

A. E. P. Bender, Ecr., assistant-ingénieur,  
 Travaux Publics, Ottawa.

Monsieur,

Nous vous ferons un engin composé sur le "le système Herreshoff" de la description suivante :

Cylindre haute pression, 9 diamètre. } 18 de  
 " basse pression, 16 " } course

Avec arbre à manivelle en fer, do pour hélice en acier, avec chemise en bronze, coussins en cuivre, hélice en fonte. Le tout livré à l'atelier ici, le 15 mai prochain, pour deux mille piastres, payables moitié quand les engins seront à moitié faits, et la balance au 1er juillet prochain, en réglant par billet endossé par votre père. Si vous désirez avoir l'hélice en bronze ou autre métal, vous pourrez l'avoir en payant la différence du coût avec la fonte. Les matériaux et la main-d'œuvre devront être de première qualité, et l'engin devra fonctionner parfaitement s'il est installé par nous dans le bâtiment.

Vos dévoués, etc.,

CARRIER, LAINÉ & CIE,

Lévis.

Lévis, 6 mars 1883.

A MM. Carrier, Lainé & Cie.,

Messieurs,

J'accepte l'offre que vous me faites pour la construction d'un engin composé destiné au yacht "Ninie."

Je remplirai les conditions demandées, si en retour la machine est de première classe, d'après les spécifications mentionnées dans le

1887 rapport du bureau de la marine américaine, à MM. Herreshoff, de  
 BENDER v. CARRIER  
 B. R. I., sur l'engin du "Leila," qui est exactement le même, sauf  
 l'hélice qui devra être en fonte et le shaft d'acier, à moins que je  
 décide de payer la différence du coût de la matière brute.

Je demeure, Messieurs,

Votre très humble,

E. P. BENDER.

Dans leur déclaration, ainsi que dans l'affidavit qu'ils ont donné pour obtenir une saisie conservatoire, les intimés, Carrier *et al*, ont allégué que Bender leur devait la somme de \$2,199.37 pour ouvrages faits et matériaux fournis tant en vertu d'un contrat verbal qu'en vertu de leur soumission du 6 mars 1883, que de l'acceptation que Bender en a faite par écrit le 9 mars 1883, et ils allèguent en outre

Que tous les dits ouvrages et matériaux étaient nécessaires pour la confection et l'installation de l'engin et accessoires d'icelui pour le yacht à vapeur le "Ninie" alors en voie de construction par le dit Eugène Prosper Bender, et étaient indispensables à la construction du dit yacht, dans lequel ils ont été placés par les dits Carrier, Lainé et compagnie, et duquel yacht ils forment maintenant partie intégrante.

Que par les dits ouvrages la valeur du dit yacht a été augmentée somme susdite et qu'en raison de et par iceux, il a été terminé et complété.

Le compte de particularités de la demande se compose de :

1° of an item of \$2,000 for 1 compound engines shaft and screw, and 2° of a large number of charges for materials, use of plaintiff's forge and machines and time of their employees.

Bender a plaidé à cette action par une exception péremptoire en droit temporaire, alléguant que la construction de l'engin, en conséquence de l'insuffisance des valves, du défaut d'un réservoir à eau chaude (*hot well*) et d'autres défauts, qui ne peuvent être constatées que par des experts, l'ouvrage fait par les intimés était tout à fait inutile; que leur contrat n'était pas exécuté et que pour le compléter il en coûterait encore plus que leur demande.

Il plaide aussi les mêmes faits par exception en droit

perpétuelle et, de plus, qu'il avait souffert en conséquence de l'inexécution du contrat, des dommages au montant de \$10,140.43, pour lesquels il se porte demandeur incident.

1887

BENDER

v.

CARRIER

FOURNIER J.

En réponse à ces plaidoyers, les intimés ont allégué que l'engin avait été construit conformément aux plans et devis fournis par l'appelant et que tous les ouvrages avaient été faits par ses ordres et sous sa direction, et que c'est lui-même, l'appelant, qui avait fait défaut de fournir les accessoires nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de l'engin.

L'appelant avait aussi produit une pétition demandant l'annulation de la saisie conservatoire en se fondant sur les moyens invoqués par ses plaidoyers à l'action.

Après une longue enquête, l'hon. juge Caron rendit, le 9 décembre 1884, jugement maintenant l'exception temporaire et renvoyant l'action des intimés *quant à présent*. Sur la demande incidente, il condamna les intimés (demandeurs) à payer au défendeur \$1,190

Pour dommages par lui soufferts relativement aux gages qu'il a payés aux hommes de l'équipage de son yacht et de la nourriture qu'il leur a fournie et aussi pour la valeur du charbon inutilement dépensé et de la glace perdue.

Ce jugement ayant été porté à la cour du Banc de la Reine fut infirmé le 27 mai 1887 et une référence à experts a été donnée.

Les experts régulièrement nommés firent un rapport dont les intimés demandèrent l'homologation, et l'appelant le rejet en partie. Après audition sur mérite l'hon. juge Andrews rendit son jugement maintenant l'exception temporaire de l'appelant et renvoyant l'action des intimés. N'ayant pas trouvé la preuve du demandeur incident suffisante il renvoya sa demande incidente avec dépens.

Ce jugement n'ayant satisfait aucune des parties, elles se portèrent respectivement appelante de nouveau

1887

BENDER

v.

CARRIER.

Fournier J.

à la cour du Banc de la Reine qui rendit, le 6 février 1886, le jugement qui est maintenant soumis à cette cour.

Par ce dernier jugement la cour du Banc de la Reine a décidé que l'engin fourni par les intimés n'est pas conforme aux devis mentionnés dans le rapport de la marine américaine sur l'engin du "Leila," et que des parties importantes ont été omises et que les parties ainsi omises ont été estimées par les experts à la somme de \$225. Elle a aussi décidé qu'il est établi en preuve que le tube en cuivre appelé condenseur n'a ni la forme, ni les dimensions, ni les liaisons requises dans le système Herreshoff, qui comprend un réservoir d'eau chaude appelé "hot well," qui n'existe pas et n'a pas été remplacé par aucun équivalent dans la machine fournie par les intimés, et qu'en raison de l'insuffisance du condenseur et de l'absence du réservoir (*hot well*) la machine du yacht Ninie n'a pu fonctionner. La cour a aussi considéré que l'inexpérience du mécanicien employé par l'appelant (Bender) a pu aggraver les difficultés, mais, néanmoins, il résulte de la preuve que les vices inhérents à la machine, et surtout l'absence du réservoir d'eau chaude et autres vices de construction ont été les causes principales qui ont empêché la machine de fonctionner. Ici, la cour au lieu de prononcer une condamnation obligeant les intimés à compléter leur contrat, a pensé que la vente du yacht Ninie faite par autorité de justice par les créanciers de Bender l'obligeait à modifier son jugement, et considérant que quoique cette vente eût mis les intimés dans l'impossibilité de compléter le dit engin elle ne les dispensait cependant pas de réparer les dommages que l'appelant avait éprouvé jusqu'à la dite vente pour ne lui avoir pas fourni une machine ou engin conforme aux conditions intervenues entre eux, lesquels dommages elle a évalués à la somme de \$750. Elle a enfin



condamné les intimés à payer à l'appelant \$225 pour prix et valeur des parties du dit engin que les dits intimés n'ont pas fournies, et déduisant ces deux sommes du montant de la demande des intimés elle a condamné l'appelant Bender à payer \$1215 aux intimés avec les intérêts et les dépens de la demande principale en première instance, moins les dépens de la saisie-arrêt et les frais d'expertise y compris les frais pour homologuer et faire rejeter le tout ou partie du rapport d'experts, chaque partie devant payer ses propres frais tant sur la dite saisie-arrêt que sur les expertises qui ont eu lieu, ainsi que l'appel des dits appelants.

Les trois jugements déjà prononcés jusqu'ici sur le mérite de cette cause s'accordent tous sur la nature du contrat fait entre les parties et sur les faits que ce contrat n'a pas reçu son exécution.

Il résulte des écrits des parties un contrat des plus explicites pour la construction de l'engin en question d'après le système Herreshoff. Un seul point n'était pas finalement déterminé par ces écrits et requérait une preuve supplémentaire, c'est la partie du contrat au sujet de l'installation de l'engin et de la responsabilité qui en résulte. Elle se lit comme suit :

Les matériaux et la main-d'œuvre devront être de première qualité et l'engin devra fonctionner parfaitement s'il est installé par nous dans le bâtiment.

Les intimés ont prétendu par leur réponse spéciale que l'installation dans le yacht n'a pas été faite par eux, mais par l'appelant lui-même qui doit en porter toute la responsabilité. Cette prétention n'a évidemment été imaginée qu'après coup dans le but de se soustraire à la responsabilité de livrer un engin qui devrait fonctionner parfaitement s'il était installé par eux. La preuve de cette installation par eux est complète, bien que les deux principaux témoins qui en parlent—Zéphirin Leblanc et Johnny Samson—aient fait tout en leur pouvoir pour dénaturer les faits. D'après

1887  
 BENDER  
 v.  
 CARRIER.  
 Fournier J.

1887

BENDER

v.

CARRIER.

Fournier J.

eux; ce n'est que sous la direction et les ordres de Bender qu'ils ont travaillé à cette installation et non comme ouvriers de la boutique des intimés.

Pour faire voir jusqu'à quel point Leblanc a poussé sous serment la complaisance pour son maître, je citerai cette partie de son témoignage où il se convainc de fausseté : —

Q. Vous considérez que l'obligation de M. Carrier était finie quand l'engin était sorti de la boutique ?

R. Quand l'engin était livré, oui.

Q. Il n'était pas obligé de le poser ?

R. Non.

Q. Vous en êtes bien certain ?

R. Oui.

Q. Vous considérez que la pose de l'engin et le reste, c'était sous la direction de M. Bender ?

R. Oui.

Q. M. Carrier n'a eu rien à y voir ?

R. Non.

Q. Il chargeait bien le temps de ses hommes mais ça ne faisait pas partie du contrat ?

R. Non.

Q. C'était complètement en dehors de cela ?

R. Oui.

Q. Comment expliquez-vous le fait que vous veniez travailler comme cela pour M. Bender, que ce n'était pas M. Bender qui vous payait, c'était la boutique ?

R. Le temps était chargé à M. Bender.

Q. Mais c'était la boutique qui vous payait ?

R. Oui.

Q. Quelle affaire la boutique avait-elle à payer pour M. Bender ?

R. Je n'en sais rien.

Par le langage assuré et positif que tient le témoin sur la nature du contrat on croirait que c'est lui-même qui l'a fait. Il en limite l'étendue à la livraison de l'engin; dit qu'il n'était pas obligé de le poser et qu'il l'a été sous la direction de Bender. Cependant il n'a pas été présent au contrat et n'en a pu connaître quelque chose que par ouï-dire. Le contrat est par écrit et les intimés ont spécialement pourvu au cas où l'installation de l'engin se ferait par eux-mêmes. Leblanc,

qui a travaillé à cette installation comme ouvrier de la boutique des intimés, dont le temps était marqué par un des commis des intimés et payé par eux, non pas par Bender, a, malgré cela, l'audace de dire que c'est Bender qui faisait l'installation. Il n'a pas d'autre motif pour en tirer cette conclusion que le fait que Bender assistait assez souvent à des travaux où il avait placé la plus grande partie de son avoir. Sa présence est suffisamment expliquée par son intérêt et ne constitue pas une ingérence dans les travaux. Les mêmes remarques doivent s'appliquer au témoignage de Johnny Samson.

1887  
BENDER  
P.  
CARRIE.  
Fournier J.

Indépendamment des inductions tirées par Leblanc et Samson contrairement à la vérité des faits nous avons sur cette importante partie de la cause les allégations des intimés eux-mêmes, qui forment à ce sujet une preuve complète que l'installation de l'engin et des accessoires a été faite par eux-mêmes.

On a déjà vu plus haut que les intimés dans leur affidavit pour obtenir une saisie conservatoire et dans leur déclaration ont allégué :

Que tous les ouvrages et matériaux étaient nécessaires pour la confection et l'installation de l'engin et accessoires d'icelui pour le yacht à vapeur "Ninie" alors en voie de construction par le dit défendeur, et étaient indispensables à la construction du dit yacht dans lequel ils ont été placés par les demandeurs et dont ils forment maintenant partie.

Cette déclaration si formelle faite par les intimés eux-mêmes au sujet de l'installation de l'engin dans le yacht doit mettre fin à tout doute et réduit à néant les assertions mensongères de leurs témoins à cet égard. Non-seulement ils admettent avoir installé l'engin, mais ils en demandent les frais dans leur compte de particularités. Il résulte de tout cela que ce qui était indéfini dans la soumission et l'acceptation au sujet de l'installation de l'engin est devenu clairement et finalement déterminé par les admissions des intimés qu'ils

1887

BENDER

v.

CARRIER.

Fournier J.

ont eux-mêmes fait l'installation et qu'ils sont en conséquence obligés de livrer un engin fonctionnant parfaitement.

Les intimés ont-ils rempli cette obligation? Il est évident que non. Les honorables juges Caron et Andrews, qui ont chacun d'eux séparément jugé cette cause au mérite, ont décidé que les intimés n'avaient pas exécuté leur contrat et ont, en conséquence, renvoyé leur action avec dépens. La cour du Banc de la Reine a également décidé que le contrat n'avait pas été exécuté. Elle a indiqué dans son jugement, en partie cité plus haut, les principaux points sur lesquels les intimés avaient failli à leur obligation. Je crois inutile de les répéter ici.

En se fondant sur la vente du yacht, survenue pendant l'instance, la cour du Banc de la Reine a cru trouver un moyen de mettre fin au litige, si dispendieux pour les parties; mais cette solution est-elle légale? En face d'un contrat aussi clair et défini, et d'une preuve certaine et positive de sa non-exécution, la cour pouvait-elle se dispenser de décider l'unique question soulevée par l'exception temporaire, de savoir si les intimés, sans avoir rempli leur contrat, avait un droit d'action? La preuve ne laissant aucun doute sur l'inexécution du contrat l'action des intimés devait être renvoyée. Cette proposition de droit ne saurait être contestée; il est hors de doute qu'une partie qui n'a pas encore exécuté ses obligations, n'a pas d'action pour contraindre son co-contracteur à exécuter les siennes.

Il n'est pas douteux que la vente du yacht augmente les difficultés à régler entre les parties, mais c'est précisément à cause de ces nouvelles complications dont nous n'avons pas les détails et dont il n'y a aucune preuve que la cour du Banc de la Reine aurait dû s'en tenir à la contestation entre les parties. Chaque partie

aurait eu dans ce cas ce qu'il avait strictement droit d'avoir. L'action des intimés eût été renvoyée comme elle devait l'être, et l'appelant Bender aurait sans doute vu les intimés se mettre à l'œuvre pour réparer l'engin, le mettre en état de fonctionner parfaitement et aurait été mis en demeure de l'accepter en payant ce qu'il devait. Chacun eût ainsi obtenu ce qu'il devait avoir d'après son contrat. Mais on objecte la vente du yacht et on dit que les choses ne sont plus entières. Il n'y a de cela ni allégation ni preuve légale. Ce fait n'apparaissant pas au dossier n'aurait pas dû servir de base au jugement sur le litige en question. Mais si on prend pour vrai le fait que le yacht a été vendu, il faut également prendre pour vraie la mention du fait que ce sont les intimés qui en ont fait l'acquisition. Dans ce dernier cas, il n'y a donc plus aucune difficulté à renvoyer l'action, parce que les intimés peuvent facilement se mettre en position d'exécuter leur contrat vis-à-vis de Bender. Dans tous les cas qu'ils aient le yacht ou non, le fait non allégué ni prouvé de sa vente ne pouvait justifier l'admission d'un droit d'action qui n'existait pas encore. Je suis en conséquence en faveur du renvoi de l'action principale.

Quant à la demande incidente bien que les dommages accordés par la cour du Banc de la Reine ne me semblent pas suffisants pour couvrir les pertes subies par Bender, mais comme ils sont d'une nature assez difficile à préciser, je ne crois pas devoir différer sur ce point.

Je suis pour confirmer l'opinion de la cour du Banc de la Reine, accordant \$750.00 de dommages sur la demande incidente et les dépens.

HENRY J.—This case arose in the first place by proceedings taken on the 31st of August, 1883, by the respondents to seize the steam yacht "Ninie," then

1887  
 BENDER  
 v.  
 CARRIER.  
 Fournier J.

1887  
 BENDER  
 o.  
 CARRIER.

recently built by the appellant, and in which the respondents had placed an engine built by them for the yacht under the declaration following:—

Les demandeurs representent :

Henry J. Que le défendeur leur doit une somme de deux mille cent quatre-vingt dix-neuf piastres trente-sept cents, montant du compte produit, étant pour les divers ouvrages et matériaux y mentionnés, faits, fournis et livrés par les demandeurs à et pour le défendeur aux temps, lieu, pour les prix et des valeurs y mentionnés, et sur la promesse du défendeur de payer les dites sommes.

Que les dits ouvrages ont ainsi été faits tant en vertu de conventions verbales, qu'en vertu de la soumission en date du six mars dernier, maintenant produite et dûment acceptée par le défendeur, qu'en vertu de l'ordre fait et signé par le dit défendeur le neuf mai dernier.

Que tous les dits ouvrages et matériaux étaient nécessaires pour la confection et l'installation de l'engin et accessoire d'icelui pour le yacht à vapeur le "Ninie," alors en voie de construction par le dit défendeur et étaient indispensable à la construction et complétion du dit yacht, dans lequel ils ont été placés par les demandeurs et dont ils forment maintenant partie.

Que par les dits ouvrages la valeur du dit yacht a été augmentée de la susdite somme et qu'ils ont terminé et complété le dit yacht et son équipement.

Que le dit yacht est d'un port suffisant pour être et doit être enrégistré, mais qu'il ne l'a pas encore été.

Qu'il est sur le point d'être enrégistré et de faire un voyage et que par ces deux faits les dits demandeurs perdront sur icelui leur privilège d'ouvriers, fournisseurs de matériaux et constructeurs, comme aussi leur privilège de dernier équipour.

Que le défendeur refuse de payer la susdite somme, qu'il est insolvable, et que les demandeurs n'ont d'autre ressource pour être payés que par l'exercice du dit privilège, et que sans un bref de saisie arrêt simple pour saisir le dit yacht et conserver le dit privilège les dits demandeurs perdront leur privilège et leur créance.

Pourquoi les demandeurs demandent que la saisie arrêt faite en cette cause soit déclarée bonne et valable, qu'il soit de plus dit et adjugé qu'ils ont sur le dit yacht leur privilège susdit pour le paiement de leur dite créance, et que le défendeur soit condamné à leur payer la susdite somme de deux mille cent quatre-vingt-dix-neuf piastres trente sept cents avec intérêt et les dépens.

To which was added particulars commencing 1883, May 29 ; To 1 pair compound engines H. P. G., L.P.H., and x' 18 stroke, with shaft and screw, \$2,000.00 ; and

amounting in all to \$3,199.37, from which was deducted, May 7 : By cash on account \$1,000.00, leaving a balance claimed of \$2,199.37.

To that petition the appellant alleged as follows :—

Que le trente et un août dernier, les demandeurs ont fait émaner en cette cause un bref de saisie arrêt simple avant jugement, contre le défendeur, pour la somme de deux mille cent quatre vingt dix neuf piastres et trente sept cents, sur l'affidavit de Charles William Carrier l'un des demandeurs et produit au dossier ;

Qu'en vertu du dit bref, les dits demandeurs, le trente et un août dernier ont fait saisir sur le défendeur " le yacht " Ninie," tel qu'il se trouve dans le port de Québec," et ont appointé trois gardiens à la dite saisie, tel qu'il appert au procès-verbal de saisie produit en cette cause ;

Qu'en outre, le trois septembre courant, les dits demandeurs ont opéré et fait opérer une seconde saisie du dit yacht, le décrivant comme suit : " dans le port de Québec le yacht " Ninie " avec ses engins et apparaux," nommant deux gardiens à la saisie, ne donnant pas mainlevée de la dite première saisie, et basant encore cette deuxième saisie sur le dit bref de saisie arrêt simple avant jugement ;

Que le dit bref de saisie et les dites saisies sont illégales, irrégulières, informes et doivent être cassées, annulées et que mainlevée doit être accordée, de la dite saisie, et le dit bref de saisie mis à néant ;

Que l'affidavit au soutien du bref susdit est insuffisant et faux ;

Que sans entrer dans le mérite de la créance alléguée par les demandeurs, il est faux que les demandeurs soient eu aucune façon les derniers équipiers du dit yacht " Ninie."

Que les dits demandeurs ont bien fourni et placé dans le dit yacht " Ninie " un engin et accessoires mais que cela ne constitue pas un équipement, ne les rend pas "derniers équipiers," et cela sans admettre les qualités des dits engins et travaux ;

Qu'après que les dits travaux furent faits, le dit yacht " Ninie," a fait un voyage en dehors du havre de Québec, et s'est rendu sur la haute mer, dans le golfe St-Laurent, et qu'en aucun temps depuis, les dits demandeurs n'ont fourni quoique ce soit au dit yacht ;

Qu'il est faux que le trente et un août dernier, le dit yacht fut sur le point de faire un voyage, attendu que le dit yacht était en réparation nécessitée par les mauvais ouvrages et matériaux dont les demandeurs réclament le prix ;

Qu'il est faux que le dit défendeur soit insolvable, et qu'au contraire le yacht susdit qui vaut dix huit mille piastres, fait voir la solvabilité du défendeur, qui vaut en outre en propriétés et argents

1887  
BENDER  
v.  
CARRIER.  
Henry J.

1887

BENDER  
v.  
CARRIER.  
Henry J.

au-delà huit mille piastres.

Que le privilège d'ouvrier fournisseur de matériaux et constructeur ne donne pas droit à une saisie arrêt avant jugement sans être accompagné de l'affidavit ordinaire que le débiteur cache et récele ses biens, ou encore qu'il est immédiatement sur le point de quitter la province.

Que l'affidavit susdit ne donne aucun droit à l'émanation du dit bref de saisie arrêt simple ;

Que la dite deuxième saisie est encore nulle parcequ'elle constitue saisie parduressus saisie ;

Que le dit affidavit est incomplet, insuffisant, non fondé en fait ni en loi ;

Que pour les fins de la présente, le dit défendeur demande le rapport immédiat du dit bref ;

Pourquoi le dit défendeur conclut à ce que le dit bref de saisie arrêt simple avant jugement soit immédiatement rapporté devant cette cour, que le dit bref de saisie arrêt avant jugement et les dites saisies opérées en vertu d'icelui, soient déclarées illégaux, irréguliers, nuls, de nul effet et annulés, qu'ils soient cassés rejetés et mis de côté, que mainlevée des dites saisies soit accordée au défendeur avec dépens distraits aux soussignés, et qu'acte soit donné au défendeur avec dépens distraits aux soussignés, et qu'acte soit donné au défendeur de ce qu'il se réserve tout recours en dommages contre les dits demandeurs.

To the above answers was pleaded a general denial and claiming the right to make the seizure

The appellant by *exception temporaire* set out as follows :—

Et le dit défendeur, en réponse à l'action, per exception péremptoire en droit temporaire, dit :

Que tel qu'il appert par la pièce A des demandeurs, en cette cause produite le six mars dernier, les demandeurs s'engagèrent envers le défendeur comme suit :

Nous vous ferons un engin composé sur le système " Herreshoff " de la description suivante :

Cylindre Haute Pression 9" diam.	} x 18 de course
" Basse " 16 "	

avec arbre à manivelle en fer, do pour hélice en acier, avec chemise en bronze, coussins en cuivre, hélice en fonte. Le tout livré à l'atelier, ici, (Lévis) le quinze mai prochain (1883), pour deux mille piastres payables moitié quand les engins seront à moitié faits et la balance au 1er juillet prochain par billet endossé par votre père :

Si vous désirez avoir l'hélice en bronze ou autre métal, vous pourrez l'avoir en payant la différence du coût avec la fonte.



Les matériaux et la main-d'œuvre devront être de première qualité et l'engin devra fonctionner parfaitement s'il est installé par nous dans le bâtiment.

Que le six mars dernier, les demandeurs livrèrent au défendeur la lettre ou soumission ci haut relatée, et qu'en réponse à icelle, le défendeur répondit dans les termes suivants :

1887  
 BENDER  
 v.  
 CARRIER.  
 Henry J.

Lévis, 6 mars 1883.

A Messieurs Carrier et Lainé :

Messieurs,

J'accepte l'offre que vous me faites pour la construction d'un engin composé, destiné au yacht "Ninie."

Je remplirai les conditions demandées si, en retour, la machine est de première classe, d'après les spécifications mentionnées dans le rapport du Bureau de la marine américaine, à Messieurs Herreshoff de B. R. I. sur l'engin du "Leila," qui est exactement le même, sauf l'hélice qui devra être en fonte et le shaft d'acier, à moins que je décide de payer la différence du coût de la matière brute" et qu'alors et la le défendeur livra aux demandeurs cette dernière, que les demandeurs acceptèrent comme la base du marché qu'ils faisaient entre eux.

Qu'il fut, par les conventions entre les parties, parfaitement réglé, stipulé et entendu que les demandeurs placeraient à bord du dit yacht, alors en construction, un engin d'après le dit système, lequel serait parfait en tous points, et fonctionnerait aussi bien que ceux faits par la célèbre compagnie manufacturière Herreshoff susdite ;

Que le défendeur faisait alors construire le dit yacht de dimensions spéciales pour le rendre conforme aux exigences du dit système d'engins, et qu'il avait choisi ce système en raison des grands avantages qu'il offrait à tous les points de vue notamment de la vitesse, de l'économie, de la solidité et de la sûreté ;

Que les demandeurs devaient livrer les dits engins et accessoires le quinze mai dernier, afin de permettre au défendeur de profiter de la saison alors prochaine de la navigation, et que le défendeur, après la confection et livraison susdite, devait avoir un mois et demi de délai pour payer la balance des deux mille piastres, le dit paiement devant se faire au moyen d'un billet signé par le père du défendeur, ce qui comporterait un nouveau délai pour le paiement final.

Que nonobstant cela, et malgré que le dit yacht fut prêt à recevoir le dit engin le dit quinze mai dernier, les demandeurs, sans la faute de défendeur, ne furent pas en position de le livrer et ne le livrèrent pas à la dite date, et malgré que le défendeur eût dès le sept mai dernier, savoir à la première demande des demandeurs, payé mille piastres aux demandeurs en compte du dit contrat, et tel que porté en icelui.

1887

BENDER

v.

CARRIER.

Henry J.

Que le dit engin ne fut prêt a être livré que le vingt neuf mai dernier, et ce dans un état imparfait comme il sera dit plus bas, que les dits demandeurs installèrent eux-mêmes le dit engin dans le dit bâtiment, devenant ainsi doublement garants, savoir par la loi et par la dite convention que les matériaux et la main d'œuvre fournis par eux seraient de première qualité et que l'engin fonctionnerait parfaitement; que de fait les dits matériaux et la main-d'œuvre susdits ne sont pas de première qualité et qu' au contraire ils sont de qualité inférieure;

Que le dit engin ne fonctionne pas parfaitement, qu'il ne fonctionne même pas et que le contrat n'a pas été exécuté;

Que malgré plusieurs essais faits avec l'assistance des demandeurs et de leurs employés, le dit engin n'a pu encore fonctionner, et que tel qu'il est il est incomplet, mal construit et ne répond nullement à sa destination.

Que, sans un bon engin, le dit yacht n'est d'aucune utilité, ne peut être navigué, et cause au défendeur la perte de plus de quinze mille piastres que la confection du dit yacht lui a coûté.

Que le défendeur a fréquemment mis les demandeurs en demeure de terminer leur dit contrat et de faire en sorte que le dit engin fonctionnât parfaitement, et ce tant verbalement que par protêt notarié fait et signifié par le ministère de Maître Auger notaire, le seize août dernier, mais que les demandeurs refusèrent et négligèrent de ce faire.

Que le fait que le dit engin ne fonctionne pas est dû au vice intrinsèque de sa construction, laquelle n'est pas conforme au système Herreshoff;

Que sans prétendre être homme de l'art ni donner détail des différences entre l'engin fourni par les demandeurs et ceux du système Herreshoff, ni le détail des défauts de l'engin fourni par les demandeurs, le défendeur allègue que, dans ce dernier, les valves des pompes ne sont pas du diamètre voulu, sont d'un diamètre insuffisant, tant celle de suction que de jet et autres, qu'ainsi elles ne fournissent pas, à la bouilloire, la quantité d'eau requise, ce qui enraie et obstrue toute la machinerie; et de plus, que les demandeurs ont fait défaut de placer un puits chaud ("hot-well") au-dessus de la pompe à air ("air pump,") ce qui est indispensable et fait partie des engins construits d'après le dit système;

Qu'ils ont mis des couverts (jackets) extérieurs aux cylindres de fonte.

Que les chante-pleurs sont improprement faites et ne restituent pas l'eau au réservoir comme ils devraient le faire;

Que les dits défauts et plusieurs autres, que le défendeur établiera par des hommes de l'art, rendent le dit engin incomplet, impropre à l'usage pour lequel il était destiné, et font que le défendeur n'a

pu encore utiliser le dit yacht pour les fins de la navigation, et qu'il n'a été pour lui qu'une source de dépenses ;

Qu' à l'époque de l'action en cette cause, le dit défendeur ne connaissait encore aucun des détails ci-haut donnés quant aux dits défauts, qui constituent des défauts cachés que les hommes de l'art et spécialistes peuvent seuls découvrir, et que pour les constater il a fait venir, à grands frais un ingénieur de la dite compagnie manufacturière.

Que le dit système Herreshoff est inconnu par les constructeurs d'engin dans cette partie du pays, et que le défendeur est dans cette alternative de faire compléter le dit engin de manière à ce qu'il fonctionne parfaitement par les demandeurs qui ont prouvé leur incapacité à cet égard, ou de faire remorquer à grand frais son bâtiment à Bristol, dans l'Etat du Rhode-Island, pour faire faire les dits ouvrages par la dite manufacture Herreshoff.

Que le coût des dits changements, complétion et réparation pour mettre le dit engin en ordre parfait aux frais du défendeur, excéderait le montant de la réclamation prétendue des demandeurs ;

Que, de plus, le mauvais fonctionnement du dit engin, en ne fournissant pas au boiler une quantité suffisante d'eau, a endommagé ce dernier qui était en ordre parfait et d'excellente confection, l'a rendu impropre à l'usage auquel il était destiné et a diminué du tiers, savoir ; de neuf cent soixante et deux piastres et soixante et quinze cents \$962.75, (sa valeur primitive de \$2,888.25).

Que, de plus, le mauvais fonctionnement du dit engin a gâté trois soupapes de sureté de la valeur de dix-neuf piastres et demie.

Que le dit yacht, à la connaissance des demandeurs, a été spécialement construit pour naviguer dans le bas du fleuve Saint-Laurent, à l'eau salée, et que dans l'état dans lequel sont les dits engines et accessoires, il est impossible d'entreprendre de tels voyages, ni aucun autre voyage ;

Que le défendeur a toujours été prêt à payer, aux demandeurs tout compte légitime, dès que ces derniers auraient rempli leur contrat, ce qu'ils ont toujours négligé de faire.

Que les demandeurs, dans la construction et le placement du dit engin, n'ont pas apporté la science pratique, les connaissances, l'habilité désirables, ont de mauvaise foi entrepris ce qu'ils se sont montrés incapables de faire, ont grossièrement trompé le défendeur et l'ont induit en erreur sur la qualité des ouvrages qu'ils étaient capables et promettaient de faire ;

Que les dommages ci-haut ne sont qu'une partie de ceux que les demandeurs, par leur défaut de remplir leurs obligations, ont illégalement et de mauvaise foi fait subir au défendeur.

Que le dit engin, tel qu'il est fait, loin d'être utile au défendeur, lui a causé des dommages excédant douze mille piastres.

1887

BENDEE

v.

CARRIER.

Henry J.

1887

BENDER  
 v.  
 CARRIER.  
 ———  
 Henry J.

Qu'en raison de tout ce que ci-haut, les demandeurs n'ont pas encore rempli leur dit contrat.

Que le défendeur ne sera tenu de payer la balance du dit contrat que lorsqu'icelui sera exécuté et terminé.

Pourquoi le défendeur demande que l'action des demandeurs soit, quant à présent renvoyée avec dépens, distraits aux soussignés, et sauf aux demandeurs à se pourvoir.

The appellant also pleaded the usual defence au fond en fait.

The respondents pleaded a *réponse speciale à l'exception temporaire* as follows:—

Les demandeurs par leur présente réponse spéciale à l'exception péremptoire en droit temporaire du défendeur disent et allèguent :

Que l'item de deux mille piastres porté au compte de particularités produit est le prix de l'engin tel que décrit dans la soumission alléguée dans l'action, et que les autres items du dit compte, sont pour de l'ouvrage et matériaux faits et fournis par les demandeurs au défendeur à sa demande réquisition spéciale au bord du dit yacht pour transporter l'engin et le placer dans le dit vaisseau.

Que les chemises en fonte ont été faites à la réquisition spéciale du défendeur et sous sa direction.

Qué le dit engin de même que tous les travaux faits et matériaux fournis par les demandeurs l'ont été sous la direction et surveillance constante du défendeur d'après ses ordres et sont conformes aux plans et dessins fournis par lui pour être exécutés par les demandeurs et maintenant produits.

Que les demandeurs ont en tous points nemppli lerr marché, mais que le défendeur n'a pas placé dans le dit vaisseau les accessoires nécessaire au fonctionnement d'un engin d'après le système Herreshoff, lesquels ne sont pas compris dans les travaux que les demandeurs devaient faire en vertu de leur marché avec le défendeur, et que c'est en raison de cette omission que l'engin n'a pu fonctionner d'une manière régulière.

Pourquoi les demandeurs persistant dans les conclusions de leur action demandent le renvoi de la dite exception temporaire avec dépens.

The appellant then pleaded by way of *exception perpétuelle* in substance as far as the important issues to be decided are concerned, pretty much as contained in his exception temporaire, and in reply to the *réponse speciale à l'exception péremptoire en droit perpétuelle* of the respondents, he pleaded a general denial.

He then pleaded a "demande incidente" for damages

enumerated for a large amount for the non-performance by the respondents of the contract ; in which it is alleged that he the appellant frequently placed them *en demeure* to finish their said contract so as to make the engine work perfectly, as well verbally as by notarial protest made and served on the 26th August, 1883 ; but that they refused and neglected to do so, and that he the defendant was ready and offered the respondents to return the engine to be made complete according to the said bargain and to substitute an engine that would work perfectly.

That allegation of a defective engine is denied by the respondents who allege in reply, substantially, that they completed their bargain and plead that all work done and material furnished were under the direction and constant surveillance of the appellant, and were according to his orders and conformable to plans and designs furnished by him, and that the respondents fulfilled their bargain, but that the appellant did not put in the vessel the accessories necessary to the working of the engine made by the system of Herreshoff which were not comprised in the work to be done by the respondents, and which caused the imperfect working of the engine.

The "accessories" mentioned I take to be intended to refer to something other than the work to be done by the respondents, and there is no evidence to sustain that allegation.

It will be apparent from the evidence that the engine was not made, as by the contract required, according to the system of Herreshoff. That was shown abundantly by the report of the experts and so decided by all the courts. For that failure and the resulting consequences the respondents were by their contract liable unless the appellant was, at the time of the commencement of the legal proceedings now under consideration,

1887  
 BENDER  
 v.  
 CARRIER.  
 Henry J.

1887

BENDER

v.

CARRIER.

Henry J.

by some act or actions of his estopped from setting up that defence. The respondents alleged in their pleadings that the engine was built and all the other works done under the special surveillance of the appellant, but I cannot find the evidence to sustain that allegation. It is true some drawings were handed to them by the appellant, but his doing so was merely suggestive, and as they knew that he was not a person of any skill as to the matter they were not necessarily bound to adopt them, and if their adopting of them was apparently a deviation from the contract before doing so they were bound to so inform him and require him to expressly adopt them in substitution. This does not appear to have been done. Besides, it is not at all clearly shown that the work was altered in any way by the fact of those plans or sketches having been given.

It is also alleged that the appellant superintended placing the engine and other works made by the respondents in the yacht. Such is to some extent shown, and if the failure in the working of the engine was shown to have been caused by any improper placing or putting in of the machinery that might be held to excuse the respondents. Such, however, is not shown, but on the contrary it is proved that the failure was caused by the imperfection in the construction of several parts of the machinery.

Had, then, the respondents by the completion of their contract, or by showing that its want of completion was due to the appellant, shown that when they seized the yacht they had an available cause of action against him? If not, then the seizure was illegal and cannot be sustained. After the appellant had a trial of the machinery, of which he was previously unable to form an opinion, he immediately by a notarial protest and otherwise informed the respondents of their failure to

perform their contract, and offered to re-deliver the engine and machinery to them to be made according to the contract. If not according to the contract it was then their duty to have accepted that offer, but instead of doing so they caused the seizure of the yacht four or five days afterwards. Here then the dealings in respect of the contract ceased, and the question is to be decided solely as to the legal rights of the parties at that time. What took place subsequently as to the levy on the yacht by other parties, creditors of the appellants, her sale and purchase by the respondents, cannot and should not affect the legality of the original seizure by the respondents either one way or another.

Under the issues raised and the evidence as to them it is my opinion that the respondents failed to fulfill their contract, that they have not pleaded or proved any justification therefor, and that the appellant in consequence sustained serious loss and damage.

The experts, who call themselves arbitrators, but were not, in one part of their report "declare that the respondent (now the appellant) has suffered loss from the non-fulfilment of the contract on the part of the appellants (now respondents) to the gross amount of two hundred and twenty-five dollars. They find, also, that the 'condenser' (a most important part of the machinery, and without which properly made no machinery can work properly, if at all,) was not made, either in form, dimensions or connections, according to the requirements of the Herreshoff system." There is thus shown an important breach of the contract.

The experts express an opinion that the want of knowledge and experience of the Herreshoff system on the part of the engineer who was on board the yacht was another cause of the failure of the machinery, but how can it be asserted in reference to machinery that

1887  
 BENDER  
 v.  
 CARRIER.  
 Henry J.

1887  
 BENDER  
 v.  
 CARRIER.  
 Henry J.

they themselves found was not according to Herreshoff's system.

Herreshoff's system to work satisfactorily, as all other perfect systems, must be thoroughly applied, and if from ignorance or design a party who has contracted to supply an engine according to that system fails to do so in any important feature, the party for whom it is to be supplied need only ascertain that fact and refuse to take it—even if it were of a system superior to that contracted for and could be shown to be as good or better than it. If I purchase a horse to be black in colour I am not bound to accept a white one, if even of more value. The same law applies to articles contracted to be manufactured by a particular person or at a particular place. It was an engine to be built on the Herreshoff principle that the appellant contracted for and that he was entitled to get, and as soon as he discovered after a trial that it was not so, and besides that it was defective and would not work, he had a perfectly legal right to take the course he did.

The experts have, in my opinion, not overestimated for the failure in perfecting the machinery by allowing two hundred and twenty-five dollars to which the appeal court added seven hundred dollars to the appellant under his incidental claim, deducting the aggregate of those two sums from the amount of the respondents' claim. I am of the opinion that the demand of the respondents should be dismissed and that the appellant is entitled to have a judgment for seven hundred and fifty dollars being the amount to be awarded by the court of appeal with costs in all the courts.

TASCHEREAU J.—I would dismiss the appeal with costs and allow the cross-appeal with costs. Judgment against Bender for \$1,975 with interest from service of



action, and all costs on the action and seizure not including those of *expertise* of which each party shall pay half, and incidental demand dismissed with costs.

1887

BENDER

v.

CARRIER.

*Appeal allowed with costs and cross-  
appeal dismissed with costs.*

Taschereau

J.

Solicitors for appellant: *Blanchet, Amyot & Pelletier.*

Solicitors for respondents: *Bossé & Lanctot.*

---

---