

JAMES BAXTER (DEFENDANT).....APPELLANT ; 1894
 AND *Mar. 3, 4, 5.
 DAME GEORGIANA A. PHILLIPS { RESPONDENT.
 (PLAINTIFF) } *May 1.

ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT SITTING IN
 REVIEW IN THE DISTRICT OF MONTREAL.

*Rights of succession—Sale by co-heir—Sale by curator before partition—
 Retrait successoral—Art. 710 C. C.—Prescription.*

When a co-heir has assigned his share in a succession before partition any other co-heir may claim such share upon reimbursing the purchaser thereof the price of such assignment and such claim is imprescriptible so long as the partition has not taken place. Art. 710 C. C.

A sale by a curator of the assets of an insolvent even though authorized by a judge which includes an undivided share of a succession of which there has been no partition does not deprive the other co-heirs of their right to exercise by direct action against the purchaser thereof the *retrait successoral* of such undivided hereditary rights.

The heir exercising the *retrait successoral* is only bound to reimburse the price paid by the original purchaser and not bound in his action to tender the moneys paid by the purchaser.

APPEAL, from a judgment rendered by the Superior Court sitting in Review, confirming a judgment rendered by the Superior Court, Montreal, Gill, J., allowing respondent, as one of the heirs of the late William E. Phillips, to redeem from appellant, properties purchased by him from Henry S. Phillips and the curator of the estate of Charles W. Phillips.

This was an action *en retrait successoral*, based on art. 710 C. C., instituted on the 12th January, 1891.

The following is a brief abstract of the pleadings.

*PRESENT :—Fournier, Taschereau, Gwynne, Sedgewick and King JJ.

1894
 BAXTER
 v.
 PHILLIPS.

The respondent by her declaration alleged that the late W. E. Phillips, by his will, constituted his five children, among whom are the respondent and Charles W. and Henry S. Phillips, his universal legatees, for equal shares.

By notarial deeds executed February 2nd, 1889, and February 26th, 1890, confirmed by other deeds and transfers *sous seing privé*, Henry S. Phillips assigned to appellant his share in his father's estate.

Charles W. Phillips having become insolvent and made an abandonment of his property, the curator sold to appellant all the insolvent's assets including his share in his father's succession.

Appellant not being a person entitled to succeed to the deceased, respondent was entitled to redeem the shares of her said brothers, acquired by appellant as aforesaid, and she offered to reimburse appellant whatever he might have given for such shares with all fair expenses (*loyaux coûts*), after estimation (*ventilation*), and prayed that she be entitled to exercise such redemption; that the true amount paid by appellant for the hereditary rights of C. W. and H. S. Phillips, with all fair expenses (*loyaux coûts*) be established by a (*ventilation*), and that defendant be condemned to execute, on being so reimbursed, a transfer to her of such hereditary rights, and in default of his doing so within the delay fixed that the judgment avail as such transfer.

The appellant pleaded that by deed no. 8062, he had acquired an undivided $\frac{1}{5}$ interest in a specific immovable; and the deed no. 8063, though on its face an actual sale of the hereditary rights of H. S. Phillips, was really in the nature of a collateral security that in the partition of the estate appellant should obtain $\frac{1}{5}$ of the Côte St. Antoine farm, or of the proceeds thereof. This was declared by deed no. 8064 executed by appellant and H. S. Phillips before the said notary February 2nd, 1889.

After having thus acquired this $\frac{1}{2}$ of said Côte St. Antoine farm appellant sold the same to Mrs. Beïque, by deed of August 5th 1890, registered August 21st, 1890.

1894
BAXTER
v.
PHILLIPS.

By deed of cancellation of date July 15th, 1889, the deed of declaration, no. 8064, of February 2nd, 1889, was cancelled, and it was stipulated that the deed no. 8063 should be deemed an absolute sale of Phillips' hereditary rights. This, however, was not meant to effect a sale to appellant of said hereditary rights, but as security to appellant for money he was about to lend H. S. Phillips, and anything importing a different intention was inserted by error.

By deed of December 4th, 1889, appellant acquired from H. S. Phillips, for \$2,250.00, $\frac{1}{2}$ of the rents to accrue from May 1st, 1890, to May 1st, 1894, under an emphyteutic lease of lot 1753, St. Anne's ward.

By deed February 26th, 1890, H. S. Phillips transferred to appellant his undivided rights in the continuation by the city of Montreal, of the emphyteutic lease of said lot 1753, after May 1st, 1894.

When appellant acquired the several above mentioned properties from H. S. Phillips, he offered respondent the benefit of such purchases, which she refused.

None of the above deeds constituted a sale of H. S. Phillips' hereditary rights or enabled appellant to take part in the partition of the W. E. Phillips estate. They were merely sales of the rights of H. S. Phillips in certain determinate immovables; the latter remaining owner of all his rights in his father's estate, *less those transferred as above.*

Appellant bought the assets of C. W. Phillips' estate to protect his rights as creditor of the latter, which he then was and still is—The sale was authorized by a judge on the advice of the inspectors of the estate, and

1894
 BAXTER
 v.
 PHILLIPS.

being a judicial sale is not subject to the redemption sought for.

At the trial it was proved: That when appellant sold to Mrs. Béique the $\frac{1}{2}$ interest in the Côte St. Antoine property, he was the registered owner thereof. The deed was passed on the 5th and registered on the 21st of August, 1890. The deed of sale and transfer no. 8063 never was registered against that property.

That when Charles W. Phillips became insolvent, and made a judicial abandonment of his property, the appellant who was one of the creditors made a tender for the assets; that the inspectors after having had the assets valued by Wm. Robb, respondent's attorney, recommended acceptance of the tender and a sale to appellant in accordance with its terms; that such sale was authorized by a judge and made by the curator in virtue of and agreeably to said authorization, and that after the settlement of the estate appellant still remained a creditor of C. W. Phillips.

Upon the pleadings and the evidence the Superior Court ordered that a *ventilation* be made to establish what had been paid by appellant to H. S. Phillips and the estate of C. W. Phillips, and appellant was condemned on being reimbursed what he had so paid, with *loyaux coûts* and interest, to give respondent a notarial transfer of the hereditary rights of C. W. & H. S. Phillips within 15 days of the homologation of the *ventilation*, and that on his default to do so the judgment would avail as such transfer. The Court of Review confirmed the judgment, Bélanger J. dissenting as to the Côte St. Antoine property.

Béique Q. C. for the appellant.

Driscoll and D. G. Bowie for the respondent.

The arguments of counsel as well as the principal authorities relied on are fully reviewed in the judgment of the court hereinafter given by:

TASCHEREAU J.—Appel direct par le défendeur d'un jugement de la Cour de Revision.

Action par l'intimée en retrait successoral de deux parts, d'un cinquième chacune, dans la succession encore non partagée de feu W. E. Phillips, vendues par deux de ses frères, co-héritiers, Charles et Henry, au défendeur présent appelant. De toutes les nombreuses questions de droit que peut soulever une action de cette nature, la présente cause n'en présente que peu, et, comme nous en sommes unanimement venus à la conclusion que le défendeur appelant n'a pas lieu de se plaindre du jugement qui ordonne le retrait demandé par l'intimée, adoptant en leur entier, les vues des savants juges qui ont opiné dans la cause tant en Cour de Revision qu'en Cour Supérieure, j'essaierai de dire aussi succinctement que possible le résultat de nos délibérations et les motifs qui, plus particulièrement, nous y ont amenés. Toutes brèves que seront mes remarques (elles sont plus longues cependant que je croyais d'abord pouvoir le faire), le nombre d'autorités que nous avons dû parcourir avant d'en venir à une solution définitive des différents points soumis par les parties à l'audience a été considérable. La nouveauté, dans notre jurisprudence, ces questions soulevées, l'importance des intérêts en jeu, l'habileté avec laquelle la cause nous a été soumise de part et d'autre, le requéraient. Toutefois le travail ardu que les procureurs réciproques ont apporté à la cause, et leurs recherches approfondies, je suis heureux de le constater, ont pour beaucoup contribué à faciliter notre travail.

L'article 710 du Code Civil de Québec, reproduction textuelle de l'art. 841 du Code Napoléon, a continué comme loi dans la province ce qu'on est convenu d'appeler le retrait successoral qui n'est que, avec limitation exclusive à la famille et aux cohéritiers, ce qu'on appelait dans l'ancien droit français le retrait de

1894
 BAXTER
 v.
 PHILLIPS.
 —
 Taschereau
 J.
 —

1894
 BAXTER
 v.
 PHILLIPS.
 —
 Taschereau
 J.
 —

bienséance. Ce retrait, en effet, consistait dans la faculté donnée par la loi à tous ceux généralement qui possédaient par indivis de retirer la part vendue par leur propriétaire conjoint en remboursant le prix à l'acquéreur (1).

Le principal motif de cette législation se trouve de nos jours, et en France et dans la province de Québec, dans le désir de protéger les familles contre l'intrusion des étrangers qui viendraient indiscretement s'immiscer dans le secret de leurs affaires, et de les garantir contre la cupidité processive des acheteurs de droits successifs. Un partage à l'amiable d'ailleurs, est généralement possible, probable même, entre parents. Tandis que si un étranger a droit d'y être convoqué, il faudra presque toujours y procéder en justice et subir les conséquences d'une immixtion vexatoire, désagréable, et peut-être ultérieurement ruineuse pour toute la famille (2). Et dans le cas où deux cohéritiers seulement se présentent, le retrait successoral, s'il y a vente par l'un d'eux, met fin absolue à la nécessité d'un partage, opération toujours si hérissée de difficultés.

Il est admis, et par la doctrine et par la jurisprudence, et n'a pas été mis en doute par le défendeur, que le retrait peut être exercé aussi bien par voie d'action principale que par voie d'exception, et que l'action est imprescriptible et recevable tant que le partage n'est pas consommé entre les cohéritiers (3). C'est une annexe de l'action en partage, et elle est perpétuelle comme elle (4).

Celui qui voit son cohéritier vendre sa part n'est pas tenu d'intervenir dès lors pour protéger ce droit de retrait, et l'acheteur pourra lui-même revendre, et cette revente au vu et sçu de ses cohéritiers, suivie

(1) Loisel, Instit. Cout. 2 vol. p. 45. (2) Huc. no. 319.

(3) D. 83, 1, 268.

(4) 3 Hureaux, no. 321.

d'une ou plusieurs autres, sans que leur défaut d'agir leur fasse perdre à tous indivisément ou à chacun d'eux séparément leur droit de retrayer la part que la première vente, celle par leur cohéritier, a fait sortir de la famille. Tous les sous-cessionnaires sont censés comme le premier avoir connu les droits des cohéritiers de leur auteur et les risques de l'éviction. C'est un nuage sur le titre de chacun d'eux à cette propriété que le partage seul dissipera.

1894
 BAXTER
 v.
 PHILLIPS.
 —
 Taschereau
 J.
 —

Il suit de ce que nous estimons le droit de retrait réel en partie, (dit Dunod, (1)) que le parent a le droit lorsque l'héritage a été aliéné par l'acheteur pendant l'année du retrait, de l'exercer contre l'acheteur ou contre le possesseur actuel, à son choix, (ce qui est décidé par notre coutume,) et cela quand même l'héritage aurait passé par plusieurs mains, et que le possesseur actuel le tiendrait à titre lucratif.

Ce que l'auteur limite ici à un an pour le retrait lignager s'applique pour le retrait successoral jusqu'à ce que le partage ait eu lieu.

Je citerai dans un instant d'autres autorités dans le même sens.

Que l'action dans l'espèce actuelle compète à la demanderesse, ne peut être mis en doute, et, de fait, ne l'a pas été. Que le défendeur, lui, ne soit pas successeur, et que les deux frères de la demanderesse, Charles et Henry, qui lui ont vendu les parts indivises dans la succession de leur père, auxquelles la demanderesse demande d'être subrogée soient ses co-successeurs, ne sont pas non plus des points contestés. Que la vente par Charles, ou son curateur, au défendeur fut et un contrat à titre onéreux et une cession de tous ses droits dans cette succession est aussi incontestable. Que la vente par Henry au défendeur fut de même une vente de tous ou d'une quotité de ses droits dans la dite succession qui puisse donner lieu au retrait, est un point

(1) Traité des retrairs, p. 5.

1894
 BAXTER
 v.
 PHILLIPS.
 —
 Taschereau
 J.
 —

qui a été mis en question par le défendeur, mais nous ne croyons pas, après examen de la preuve et des documents produits, car c'est là une question de fait plutôt que de droit, qu'il y ait le moindre doute sur la justesse de la conclusion prise par la cour à *quo* sur ce point contre le défendeur. Je me contenterai de référer là-dessus aux autorités citées dans Sirey, Code ann. (1); Fuz. Herm. Code ann. (2); au Vol. 13 Rev. de législ. et de jurisp. art. par Dérome, où je trouve une savante dissertation sur la matière (3); à *Durocher v. Turgeon* (4); et à *Leclere v. Beaudry* (5); et Dutruc (6).

Une autre objection prise par le défendeur à l'action de la demanderesse dans son ensemble nous paraît entièrement non fondée. C'est celle par laquelle, invoquant la doctrine adoptée par la Cour d'appel à Montréal, in *re Demers v. Lynch* (7) qu'un vendeur à réméré ne peut exercer le rachat avant d'avoir offert le prix convenu, il en argumente qu'ici la demanderesse, n'ayant pas fait d'offres réelles avant d'instituer son action, doit s'en voir pour ce déboutée. Le défendeur ici, fait évidemment une fausse application de cette doctrine. Il n'y a pas de rachat demandé par l'action de la demanderesse; c'est une simple subrogation au lieu et place du défendeur, comme acquéreur des deux parts en question, que la demanderesse réclame. Comme Hureau (8) l'exprime en termes heureux tout ce que la demanderesse dit au défendeur dans une telle action, c'est: "Otes-toi de là, que je m'y mette." Or la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à dire qu'elle n'était pas tenue de faire préalablement des offres réelles; il lui a été suffisant de se soumettre par ses conclusions à l'obligation de mettre le retrayé indemne, ayant l'exécution du retrait, comme elle l'a fait.

(1) Sous art. 891, no. 4.

(4) 19 L. C. Jur. 178.

(2) Sous art. 841, nos. 21, 42,
 57, 235.

(5) 10 L. C. Jur. 20.

(6) No. 487.

(3) Page 532.

(7) 1 Dor. Q. B. R. 341.

(8) 3 Vol. des Success. no. 301.

Ceci dispose des objections prises par le défendeur contre l'action en son entier.

J'en viens maintenant aux points qui ne s'appliquent qu'à l'une ou l'autre des deux parts en question.

D'abord tant qu'à celle de Charles. La seule objection que fait le défendeur à l'encontre de la demande du retrait de cette part est basée sur ce qu'il l'a acquise du curateur, entre les mains de qui paraît-il, Charles comme commerçant, avait fait cession, en vertu des arts. 763 et seq. du Code de procédure, sur l'autorisation du juge, voulue par l'art. 772. Une telle vente, dit-il, équipolle à une vente par décret, et n'est pas sujette à retrait. Cette prétention a été rejetée par la Cour Supérieure, et par la Cour de Revision, et devait l'être. Nous n'avons pas ici à décider s'il y aurait lieu au retrait d'une vente faite sur une adjudication en justice ordinaire après annonces, mise à enchère, et refus tacite par le cohéritier de se porter acquéreur. C'est là une question peut-être un peu douteuse; quoi qu'il me semble qu'en France la jurisprudence et la grande majorité des auteurs, admettent le droit au retrait même après une telle vente. Il en était de même pour le retrait féodal, Pocquet de Liv. des fiefs (1). Il est vrai que Dalloz, Repert. V. Succ. (2); ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris (3); Hureau, des Succ. (4) et Demolombe 4 des Succ. (5), sont d'opinion contraire. Mais un arrêt de la Cour de Lyon (6); Dutruc, Partage de succ. (7); Laurent (8); Fuz. Herm. Code ann. (9), admettent le retrait même contre une adjudication en justice. L'art 150 de la Coutume de Paris le décrétait formellement pour le retrait lignager; et malgré que cet article de la Coutume ait été abrogé par le Statut

1894
 BAXTER
 v.
 PHILLIPS.
 —
 Taschereau
 J.
 —

(1) P. 427.

(2) No. 1917.

(3) S. V. 36, 2, 113.

(4) 3 No. 319.

(5) No. 110.

(6) S. V. 44, 1, 614.

(7) No. 496.

(8) Vol. 10, no. 370.

(9) Sous art. 841, no. 71.

1894 de 1855 c. 53 S. R. B. C. qui a mis fin au retrait ligna-
 BAXTER ger dans la Province de Québec, il nous est permis,
 v. PHILLIPS. comme on l'a toujours fait en France, et sous l'an-
 Taschereau cienne et sous la nouvelle jurisprudence de référer aux
 J. principes qui régissaient cette espèce de retrait, là ou,
 — comme en matière du temps requis pour l'exercice du
 droit, par exemple, où les formalités à suivre pour
 l'obtenir, il n'y a pas divergence complète entre les
 deux. Pothier des Retraits (1); Bourjon, Dr. comm.
 (2); Bretonnier, sur Henrys (3) et Duplessis (4),
 admettent tous le retrait après vente en justice. Quo-
 ique le décret soit public, dit ce dernier, qu'il purge
 toutes les charges, et que les lignagers, aient la
 liberté d'y enchérir, néanmoins le retrait lignager
 y a lieu . . . quoique le retrayant ait été présent
 à l'adjudication." Sur le même principe, le Seigneur
 même lorsqu'il s'était porté opposant au décret pour
 la conservation de ses droits, n'était pas exclus du
 retrait féodal. Pocquet de Liv. des Fiefs (4). Mais,
 je l'ai dit, nous n'avons pas dans l'instance à prononcer
 sur cette question. Il n'y a pas eu ici une vente en
 justice où la demanderesse eut pu se porter adju-
 dicataire. Le défendeur a acquis du curateur les
 droits de Charles ni plus, ni moins, avec toutes les
 charges, hypothèques, conditions dont ces droits étaient
 grevés ou auxquelles ils étaient assujétis. Or, une
 de ces charges ou conditions était que la vente de
 ces droits successifs indivis était sujette au retrait
 successoral en faveur de tous ou de chacun des
 cohéritiers de Charles, et cette condition que la loi
 attache à toute vente de droits successifs ne peut dans
 un tel cas être ignorée des acquéreurs de tels droits,
 tout comme si elle eut été expressement stipulée dans

(1) No. 76.

(2) 1 vol., p. 1021.

(3) 4 vol., p. 587, no. 12.

(4) 1 vol., p. 328.

(5) P. 429.

l'acte d'acquisition ; ou du moins, cette ignorance ne les peut excuser. Le défendeur aux yeux de la loi est dans la même position que s'il eût acheté de Charles directement et sans l'entremise du curateur.

Nous concluons donc, que cette objection du défendeur relativement à la part par lui acquise du curateur aux biens de Charles n'est pas fondée.

Je passe maintenant à la part des droits de Henry ; j'ai déjà dit que nous concourons entièrement avec la Cour à *quo* sur la conclusion de fait et de droit, que cette vente au défendeur constitue une vente donnant droit au retrait. Il ne reste à examiner qu'une seule objection prise par le défendeur contre la demande du retrait de cette part. Il a plaidé et prouvé que, dès avant l'institution de l'action, par acte dûment enregistré, il a revendu à Mde Béique, la part de Henry dans un certain immeuble, situé à la Côte St. Antoine, près de Montréal ; et, de ce fait, il nous a demandé de conclure, comme il l'avait fait en Cour de Revision, que, tant qu'à cette part du moins, la demanderesse ne pouvait dans la présent instance, en l'absence de Mde Béique, obtenir jugement de retrait. Mais cette objection, qui de prime abord peut paraître sérieuse, ne doit pas prévaloir contre la demande de la demanderesse. Le défendeur n'invoque ici, ailleurs, il est évident que les droits de Mde Béique, or, de quel droit, défend-il Mde Béique ? N'excipe-t-il pas par là du droit d'autrui ? N'invoque-t-il pas, uniquement, un *jus tertii* ? Inutile de nous dire comme il l'a fait, que tout ce qui sera décidé dans la présente cause restera avec Mde Béique *res inter alios acta*, et ne peut en aucune manière illégalement préjudicier à ses droits. C'est là une raison de plus contre son objection, et rien autre chose. Si la loi veut que le jugement qui accorde le retrait à la demanderesse réagisse contre elle comme possesseur d'une partie de ses droits,

1894
 BAXTER
 v.
 PHILLIPS.
 —
 Taschereau
 J.
 —

1894
 BAXTER
 v.
 PHILLIPS.
 —
 Taschereau
 J.
 —

il lui faudra s'y soumettre, mais le tribunal ne lui dira, à elle, que telle est la loi, que quand elle aura eu occasion de se défendre. Sans doute, il eût peut-être été mieux pour la demanderesse de mettre Mde Béique en cause, sinon dès le début, du moins aussitôt la dénonciation en justice de cette vente par le défendeur. Il y a des auteurs qui paraissent dire que c'est au défendeur dans un cas semblable à dénoncer la demande au détenteur. Pothier, des Retraits, nos. 189, 190, est d'avis qu'il est plus équitable que, soit par l'une ou l'autre des parties, le détenteur soit appelé. Et les parties n'auraient certainement pu se plaindre, il me semble, si, sous les circonstances, la Cour Supérieure l'eût, *ex proprio motu*, ordonné à aucun étage de la cause. Mais puisque la Cour Supérieure n'a pas jugé à propos de le faire, puisque la Cour de Revision ne l'a pas non plus fait, devrions-nous maintenant le faire? Le défendeur, si je l'ai bien compris, a cru voir là une raison pour nous demander sinon le renvoi entier de l'action, du moins, d'en soustraire à son effet, par une disposition expresse, cette partie possédée par Mde Béique. Mais la loi repousse cette demande. Je citerai quelques extraits d'auteurs pour démontrer quelles sont les considérations que nous ont plus particulièrement guidés sur cette partie de la cause.

Mais avant d'en venir là, je ferai remarquer qu'il est évident que la demanderesse devait nécessairement demander le retrait des deux parts acquises par le défendeur, tant de celle de Charles que de celle de Henry: en demander qu'une eût été une absurdité. Le but essentiel du retrait successoral, je l'ai dit, c'est d'écarter l'acheteur du partage, "banquet dont chacun des convives a de droit de chasser les intrus qui pourraient troubler la fête (1)." Or, il est évident que ce

(1) Hean Rev. prat. 18 vol., p. 329.

but serait loin d'être atteint, si la demanderesse, n'avait pas dirigé son action, comme elle l'a fait, tant contre la vente de la part de Charles que contre la vente de la part de Henry (1).

D'après des principes, le retrayant prend la place du retrayé, *in omnibus et per omnia*, et la demanderesse a droit à une subrogation complète au lieu et place du défendeur tant qu'à ces deux parts. Le retrait a un effet rétroactif comme si, à la date même des acquisitions du défendeur, elle-même eut acheté les parts de ses deux cohéritiers, "*qui retrahit perinde est ac si emisset ab ipso venditore et primus emptor perinde habetur ac si non emisset.*" Et conséquemment, toutes ventes, aliénations, charges et hypothèques faites ou créées par le défendeur de ou sur ces parts, ou aucunes parties d'icelles s'évanouissent. Pothier, des Retraits (2); Bourjon (3); Hureau (4); Demolombe (5); Aubry et Rau (6); Laurent (7); et la note du rapporteur, Royneau (8); Huc. Code Civil (9); Bretonnier sur Henrys (10).

Les acquisitions de ces parts par le défendeur sont résolues *ab initio*, et réduites *ad non actum, ad non causam* (11), ou plutôt, il n'y a ni résolution, ni annulation de ces acquisitions, non plus qu'une rétrocession, mais une pure subrogation (12), la simple substitution de la demanderesse à lui, le défendeur, *neque enim non contractus, sed legalis translatio de personâ in personam* (13); et le retrait peut être exercé même

(1) 4 Demol. des Succ., 119.
Hureau Dr. Succ., no. 332; S. V.

40, 2, 318.

(2) No. 314.

(3) 1 vol. 1070-1075.

(4) 3 vol. Nos. 337 et seq.

(5) 4 vol. Nos. 81 et seq, et 138 et seq, 146.

(6) 6 vol., par. 621.

(7) Vol. 10, No. 386.

(8) S. V. 92, 1, 113.

(9) 5 vol., No. 329.

(10) 4 vol., pp. 586 et seq.

(11) Prévot de la Jannès Jurisp. fr. Vol. 2, p. 246.

(12) Fuz. Herm. Code annot. Sous art. 841, Nos. 287, 290, et seq. 298. Cass. 17 janvier 1892 S. 93, 1, 17.

(13) D'Argentré Cout. de Bretagne.

1894
BAXTER
v.
PHILLIPS.
—
Taschereau
J.
—

1894
 BAXTER
 v.
 PHILLIPS.
 —
 Taschereau
 J.
 —

après la mort du co-héritier vendeur (1). Par le retrait, l'acheteur primitif est écarté, tout comme s'il était parfaitement étranger à l'opération. C'est une nécessité qu'il subit, et à laquelle *volens volens* il lui faut se soumettre. Il en est comme s'il n'avait jamais acquis, dit Dunod, des Retraits, (2). Il ne peut guère s'en plaindre d'ailleurs. Il n'est pas pris par surprise; car, en achetant des droits successifs, la loi a inscrit dans son acte d'achat une réserve non équivoque de ce droit en faveur des cohéritiers de son vendeur, collectivement et individuellement. Et dès que ce droit est exercé, il est censé n'avoir jamais lui-même eu de droits sur la chose, et n'a pu, conséquemment en conférer à d'autres (3); sa possession était entachée d'un vice d'organisme héréditaire, et le titre qu'il a pu transférer à un tiers souffre inévitablement de l'infirmité du sien.

Ce sont là les principes qui régissent la matière, et qu'il nous faut affirmer sur le litige entre la demanderesse et le défendeur. Si, par ricochet, pour me servir d'une expression de Demolombe, notre décision ré-agit contre Madame Béique, c'est là une conséquence de la loi que nous ne pouvons pas empêcher.

Il nous est permis d'espérer d'ailleurs que ces remarques auront peut-être pour effet de mettre fin à tout litige sur cette succession, malgré que notre décision ne puisse être *res judicata* tant qu'à Mde Béique. C'est là un des motifs qui nous a fait renoncer à remettre le dossier à la Cour Supérieure, afin de la mettre en cause, comme nous avons d'abord pensé le faire. Nous avons cru que, loin d'obtenir le résultat désiré, nous aurions peut-être par là prolongé le litige. C'eût été d'ailleurs refuser à la demanderesse un jugement contre le présent défendeur auquel elle a un droit indéniable. Si

(1) Dal. 79, 2, 201.

(2) P. 6.

(3) Dal. Rep. V. Succ. No. 1891-2001. 1 Berthelot Des Evict.

par la suite, ne fût-ce que par un retard prolongé ou les désagréments d'un nouveau procès, elle souffre de l'absence de Mde Béique dans la présente cause, elle ne devra s'en prendre qu'à elle-même.

Le défendeur a émis la proposition que, comme il n'a revendu à Mde Béique, qu'une partie déterminée, d'un des immeubles de la succession il n'y a pas lieu au retrait pour cette partie, et il nous a demandé de réformer pour ce motif, le jugement de la Cour de Revision qui lui a refusé d'exempter du retrait demandé cette partie de cet immeuble. Mais cette proposition est entièrement erronée et la demande sur laquelle elle est basée ne peut être accordée. Il lui suffirait donc, d'après lui, d'avoir revendu le tout des parts par lui acquises à soit cinq personnes différentes, chacune pour une part déterminée, pour enlever à la demanderesse son droit de retrayer le tout. Mais telle n'est pas la loi. Le droit au retrait serait bien illusoire s'il en était autrement, et si on pouvait si facilement déjouer les cohéritiers. Seulement, dans un cas semblable, il faudrait voir sur qui diriger la poursuite. En fait de retrait lignager lorsqu'un seul immeuble était en question, l'action, d'après certains auteurs, pouvait, ignorant complètement l'acquéreur primitif, être dirigée contre le détenteur seul, sous-cessionnaire. Mais pour le retrait successoral, lorsque, comme c'est le cas ici, l'acheteur primitif a revendu seulement une part déterminée d'une chose de la succession, et que le reste des droits successifs est encore entre ses mains la demanderesse doit nécessairement diriger sa demande contre lui, avec liberté d'y appeler le détenteur de la part revendue, si elle le juge à propos.

Maintenant, dans un cas pareil, c'est-à-dire, si entre l'achat et le retrait, l'acheteur a revendu à un sous-acquéreur, ce qu'il a pu, en loi, parfaitement faire, s'il y a une différence entre le prix de cette revente et

1894
 BAXTER
 v.
 PHILLIPS.
 —
 Taschereau
 J.
 —

1894

BAXTER

v.

PHILLIPS.

Taschereau
J.

celui de son propre achat, quel est le prix qu'aura à rembourser le retrayant ?

Ce sera comme l'a déclaré le jugement dont est appel, le prix de la première vente, de celle faite par le cohéritier du retrayant (1); Il y a des autorités au contraire, entre autres Dutruc (2); Laurent (3); et un arrêt en 1857 de la Cour de Besançon *re Dautriche* (4); Mais le sentiment contraire a prévalu, et nous l'adoptons avec le jugement à *quo* (5). L'action en retrait, dit Le Caron, sur la Coutume de Péronne (6); "Doit être intentée contre le détenteur possesseur; toutes fois il ne faut payer que les deniers du premier achat." Et Loysel, dans ses *Institutes Coutumières* (7); dont les savants commentateurs Dupin et Laboulaye (8) disent en parlant de ses œuvres "Ce n'est pas de la théorie, de la divination, de la conjecture, c'est le droit lui-même, tel que nos pères l'ont connu et pratiqué," Loysel, dis-je, s'exprime en termes bien clairs comme suit: "Le retrayant n'est tenu de payer que le prix, frais et loyaux coûts de la première vente, ores que la chose ait marché en beaucoup d'autres mains pendant l'an et jour du retrait." "Et, ajoutent ses commentateurs, s'il en était autrement, l'acquéreur pourrait en revendant à un autre empirer la condition du retrayant, ce qui serait injuste."

Et Dunod dit (9).

Mais si la seconde aliénation est à titre onéreux, de laquelle est-ce que le retrayant remboursera le prix? Il semble que ce doit être celui de la première, parce que c'est celle qui a donné lieu au retrait.

(1) Labbé Vol. 6 Rev. de Lég. No. 2; Aubry & Rau Vol. 6, p. 529; Demol. 4 des succ. No. 110; et de Jurisp. 142.

(2) No. 515.

(3) 10 vol.; 382.

(4) S. V. 58, 2, 292; Dalloz 58, 2, 111.

(5) Pothier, *Retraits*, No. 341; Merlin *Quest. v. dr. succ. par. 2,*

Benoit *Dr. success. No. 135;* Hureau No. 330.

(6) Page 361.

(7) 2 vol., page 63.

(8) Ed. de 1846.

(9) Des *retraits*, p. 6.

La question de savoir si une part dans une succession indivise peut être saisie et vendue en justice a été agitée à l'audience. La demanderesse a soutenu que non, et a appuyé ses prétentions sur la doctrine adoptée en France par l'art. 2205 du Code Napoléon (1); Le défendeur a répondu que cet article ne se trouvait nulle part dans les Codes de Québec, et que telle saisie et vente, était parfaitement légale dans la province. Il y a sans doute une contradiction apparente entre le principe du droit successoral et la saisie d'une part indivise d'une succession, mais je ne vois pas l'à-propos dans cette cause de cette discussion. Ici, il y a eu vente dûment autorisée, des droits successifs de Charles, par le curateur. Le défendeur s'y est porté acquéreur. Je ne vois là rien d'illégal. Y eut-il nullité, ce ne serait au plus qu'une nullité relative dont le défendeur ne pourrait certainement pas se prévaloir. Il ne pourrait lui être permis d'invoquer la nullité de son propre titre pour repousser la demande de la demanderesse. Et tant qu'à la demanderesse, loin de demander la nullité de cette vente, elle demande d'être subrogée. Le défendeur a dit à l'audience et répété dans son factum, que si une vente par un curateur comme celle en question, est soumise au retrait successoral, les créanciers en souffriront, parce qu'il est évident que l'on trouvera rarement des acheteurs disposés à se soumettre à un tel risque. Mais il y a une réponse bien conclusive, il me semble, à cette objection. C'est que les créanciers, au lieu de procéder comme l'ont fait ceux de Charles Phillips, peuvent eux-mêmes provoquer le partage, pour ensuite faire vendre la part afférente à leur débiteur. Les autorités sont unanimes à leur reconnaître ce droit. Puis un acheteur de bonne foi d'une part indivise de droits

1894
 BAXTER
 v.
 PHILLIPS.
 Taschereau
 J.

(1) Thomine-Desmazures C. P. Sirey Code Ann. sous art. 2205. No. 743;

1894

BAXTER

v.

PHILLIPS.

Taschereau

J.

successifs est sûr que, si un retrayant se présente, il n'obtiendra la subrogation qu'à la charge de le rendre préalablement parfaitement indemne.

Deux autres questions d'importance secondaire ont été soulevées par les parties. La première vient du défendeur qui a prétendu, quoique faiblement, il m'a semblé, que la demanderesse avait perdu son droit au retrait demandé pour y avoir tacitement renoncé, ou avoir refusé sur offres à cet effet, de reprendre du défendeur la part par lui acquise de Henry. C'est là une question de fait, et nous disons sans hésiter, avec la cour dont est appel, qu'il n'y a pas au dossier de preuve suffisante pour soutenir cette objection.

La seconde vient de la demanderesse. Elle dit avoir à se plaindre du jugement de la cour inférieure sur une intervention produite dans la cause par Henry Phillips, son co-héritier vendeur, en ce que, tout en renvoyant cette intervention, la cour n'a pas condamné le défendeur aux frais. Il me suffira de dire que nous avons maintes et maintes fois décidé que nous n'interviendrions jamais sur une décision tant qu'aux frais en cours inférieures à moins de circonstances bien spéciales dont nulles se rencontrent ici.

J'ajoute maintenant aux autorités déjà citées celles applicables généralement que j'ai rencontrées dans l'étude de la cause. Elles sont principalement tirées, on le verra, des auteurs sur le droit lignager. Le mot de droit successoral est ignoré dans l'ancien droit Français, même dans Bourjon, où un passage que je cite le décrit cependant en termes non équivoques. Mais les règles des retraits en général sont les mêmes. Et, comme le dit Labbé, loc. cit. :

Nous trouvons souvent beaucoup à puiser dans des traités sur des institutions aujourd'hui supprimées. Par exemple, le retrait lignager est aboli, néanmoins, les solutions données par nos anciens auteurs sur les effets de ce retrait, peuvent nous servir à résoudre des questions semblables s'élevant de nos jours à propos du retrait successoral,

du retrait de droits litigieux, et du retrait d'indivision. Ce sont, en réalité des droits de même nature et produisant les mêmes conséquences.

Et le savant professeur ajoute qu'il adopte pour son guide sur le droit successoral, le traité de Tirageau sur le retrait lignager.

Et Demolombe, (1) dit dans le même sens que l'on est fondé à invoquer en matière de retrait successoral, l'application des principes qui gouvernaient les retraits en général dans l'ancienne jurisprudence. Cette doctrine est d'ailleurs généralement admise.

Bourjon (2) :—

Lorsqu'un premier acquéreur a vendu à un second le retrait quoique réfléchissant sur le second acquéreur, s'exerce néanmoins sur le premier contrat de vente et non sur le second. C'est ce contrat qui a fait ouverture au droit des lignagers."

Et à la page 1056 et seq :

Nonobstant, la vente faite par un premier acquéreur d'un propre (sujet au retrait) la demande en retrait doit toujours être intentée contre lui, premier acquéreur, parce que c'est par son contrat d'acquisition que l'héritage propre est sorti de la famille. On va voir par les propositions suivantes, les autres formalités d'un tel retrait et l'effet qu'il a contre le second acquéreur, ce qui est fondé sur ce que l'action en retrait est mixte, que cette action dérive du contrat fait avec le premier acquéreur contre lequel il y a une personnalité à laquelle il est toujours demeuré sujet

Mais ce premier acquéreur n'étant plus en possession de l'héritage pour lequel il est assigné en retrait, doit dénoncer la demande formée contre lui et s'il néglige de faire cette dénonciation, cette négligence ne nuit pas au retrayant qui peut ignorer cette vente, et qui n'est obligé d'agir que contre le premier acquéreur ; cependant, si le second acquéreur et son droit sont connus du retrayant, il peut pour accélérer le mettre en cause pour voir dire que la sentence qui interviendra contre le premier acquéreur sera déclaré commune avec lui ; mais, encore une fois, l'omission de sa part de la dénonciation de la demande en retrait par lui formée ne donnerait aucune atteinte à son droit qui milite contre le premier acquéreur et qu'il a pleinement conservé par la demande qu'il a formée contre lui. Il en serait de même s l'acquéreur pendant l'an du retrait (retrait lignager) avait été dépossédé

(1) 4 Succ. no. 8-8.

(2) Vol 1, p. 1052.

1894
BAXTER
v.
PHILLIPS.
Taschereau
J.

1894 de l'héritage par un décret poursuivi sur lui à la requête de ses créanciers. La publicité de ce décret ne change point le droit du retrayant qui est toujours fondé à dire qu'il ne connaît que le premier acquéreur ; il peut donc encore dans ce cas, se pourvoir et agir contre lui nonobstant l'adjudication faite de l'objet du retrait. Dans l'un comme dans l'autre cas, le retrait adjugé, ne s'exécute que contre le premier acquéreur ; il est néanmoins prudent mais non de nécessité, de dénoncer cette exécution au second acquéreur, comme on l'a déjà dit, par rapport à la demande, ce qui influe sur l'exécution qu'on examine ici, n'ayant encore examiné que la demande, et s'il y a différence de prix, la garantie dépend des circonstances. L'exécution d'un tel retrait étant faite avec le premier acquéreur, et ce dans le cas qu'on examine, c-à-d. lorsqu'il y a eu de sa part vente de l'héritage (pendant l'année du retrait lignager) cette exécution milité contre le second acquéreur contre lequel il suffit par la suite et sans autres formalités que celles des instances ordinaires, de demander qu'attendu l'exécution du retrait, la sentence d'adjudication d'icelui soit déclarée commune avec lui, ce qui étant jugé, la sentence d'adjudication s'exécute contre lui ; mais il faut cette forme pour l'exécution réelle, autrement ce ne serait plus agir par les voies de la justice, mais militairement.

Pothier, des Retraits, n^o 17 :

L'action est personnelle réelle, car la loi en formant cette obligation en la personne de l'acheteur étranger, affecte en même temps l'héritage par lui acquis à l'accomplissement de cette obligation. La propriété de cet héritage ne lui est transférée que sous la charge du retrait, et il ne peut par conséquent le transférer à d'autres que sous cette charge. *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.* C'est pourquoi cette action tant que le temps du retrait dure peut être intentée par les lignagers non seulement contre celui qui a acheté de leur parent, mais contre ceux à qui l'héritage a pu passer depuis, et qui s'en trouvent en possession.

Et au n^o. 26 : l'action est personnelle réelle, *in rem scripta*, et elle suit le possesseur.

No. 189 :

Lorsque cet acquéreur étranger avant que la demande en retrait ait été donnée contre lui, a aliéné l'héritage sujet au retrait, il est au choix du lignager de donner la demande en retrait contre cet acheteur ou contre le tiers. Cette action est une action personnelle réelle qui naît de l'obligation *ex quasi contractu* que l'acheteur étranger contracte en acquérant envers les lignagers de céder son marché à celui d'entre eux qui le voudra prendre, et de lui délaisser l'héritage ; c'est à l'ac-

complissement de cette obligation personnelle que la loi affecte l'héritage. Cette action, comme personnelle peut donc être intentée contre l'acheteur étranger, qui est le véritable débiteur, et qui n'a pas pu par son fait en aliénant l'héritage, se décharger de l'obligation qu'il a contracté de le délaisser au lignager qui voudra exercer le retrait. Cette action peut aussi comme réelle être intentée directement contre le tiers détenteur de l'héritage; cet héritage étant affecté par la loi à l'accomplissement de l'obligation.

1894
BAXTER
v.
PHILLIPS.
—
Taschereau
J.
—

Et au paragraphe 190, Pothier dit que lorsque le défendeur assigné en retrait plaide qu'il a revendu à un tiers, il est équitable de renvoyer le demandeur à se pourvoir contre ce tiers (ceci dans le cas de retrait lignager où il ne s'agit que d'un immeuble particulier, et d'une revente de tout ce que comprenait la première vente.)

8. Pothier, *Introd. 2 Cout. d'Orléans*, p. 651 :

Mais, si l'un des enfants avait cédé sa portion à un étranger il est permis aux autres d'exclure l'étranger du partage en lui remboursant le prix de sa cession. (*Bourjon*, Vol. 1, page 1032). Et dans son chap. sur le retrait lignager, il dit, page 1032 : "dans le cas que le vendeur a des co-héritiers et que par conséquent la vente n'embrasse qu'une portion de la succession, chaque co-héritier a droit de retirer le tout lorsque la vente est faite à un étranger et tel retrait n'est sujet à aucunes formalités et est préférable au retrait lignager."

C'est bien là, le retrait successoral.

Ferrière, sous art. 129 de la *Cout. de Paris*, dit :

L'action (en retrait lignager) peut être intentée contre celui qui se trouve détenteur de l'héritage au temps de l'action, ou contre le premier acquéreur, suivant la disposition de la coutume de Reims et quelques autres; mais dans celles qui n'en parlent pas, il semble que l'action doit plutôt être intentée contre le détenteur d'autant que les conclusions du retrait ne peuvent être formées contre celui qui ne possède plus.

L'auteur ici traite d'une action en retrait lignager contre un immeuble distinct et séparé.

Duplessis (1) :

Quand l'acquéreur a revendu l'héritage à un tiers . . . il faut distinguer s'il a fait la revente depuis l'assignation en retrait à lui

(1) Vol. 1, page 286.

1894
 BAXTER
 v.
 PHILLIPS.
 ———
 Taschereau
 J.

baillée ; en ce cas le retrayant se peut toujours adresser à lui parce qu'il ne l'a pu faire au préjudice du procès et du vice du litige. Mais s'il a fait cette revente avant qu'il y eut encore aucune demande en retrait, alors c'est au nouvel acquéreur et dernier possesseur de l'héritage que le retrayant doit en faire la demande, parce que c'est *actio in rem scripta*. Et en l'un et l'autre de ces cas, il ne doit pas rembourser davantage que le prix de la première acquisition, sauf en second acquéreur son recours contre le premier pour le plus qu'il lui a payé. Mais on demandera si dans le second cas, le retrayant est précisément contraint de s'adresser au dernier acquéreur seulement, sans avoir l'option de convenir le premier, car véritablement d'un côté on dira que l'action du retrait, étant *in rem scripta* ne peut être intentée que contre le possesseur ; et que pourrait-on prononcer contre le premier puisqu'il ne tient plus la chose, que s'il en a disposé il l'a pu n'y ayant point encore eu d'action intentée contre lui. D'autre part on répond que l'action de retrait étant mixte, et provenant d'un contrat fait avec le premier acquéreur il y a de la personnalité à laquelle il a toujours demeuré sujet . . . c'est pourquoi je tiens, qu'en ce cas, le retrayant a le choix de s'adresser au premier ou au second acquéreur, et ne sert de rien de dire que puisque le premier ne possède plus, on ne pourra rien prononcer contre lui car par l'action on fera résoudre son droit, par où celui de son acquéreur sera aussi résolu, et de fait, on demeure bien d'accord, qu'on y prononce au premier cas.

Grand Coutumier de France. Edit. Laboulaye (1) :

Usage, stil, coutume, est notoire et commune observance du royaume de France et mesmement de la prévosté et viconté de Paris sont tels et tous notoires, que quant aucune personne a propre héritage à luy venu et descendu . . . et telle personne le vent à aultre personne, tout estrange de luy, et du costé et ligne dont l'héritage luy est escheu vient ung aultre dedens l'an et le jour à commencer du jour de la vendue ou dessaisine, et fait adjourner l'acheteur de la vente principale pour l'avoir par retracté en luy rendant son argent . . . telle demande est recevable.

Item, anno retractus pendente, emptor rei retrahibilis eam vendidit alteri, queritur contra quem illorum emptorum aget retrahere volens, aut contra primum, aut contra secundum. Respondetur : En supposant que action de héritage se fait contre le détenteur d'iceluy, et pour ce je distingue, ou le premier acheteur l'a vendu avant l'adjournement du retracté, ou non. Si, primo, l'action se fera contre l'acheteur second par ladicte supposition. *Si autem post dictum adjournementum,* action se fera contre l'acheteur premier . . . Item le retraieur ne doubt pas eslire voie de saisine et de nouvelleté, se le premier acheteur a vendu à ung aultre la chose contentieuse ; mais doubt faire adjourner l'acheteur et le vendeur, pour ouyr une requeste qu'il entend

faire à l'encontre d'eux tendant afin que le contract soit mis au néant . . .

L'art. 205 de la Coutume de Reims :

Il est au choix du demandeur en retrait lignager de s'adresser contre le premier acheteur qui depuis et dedans l'an et jour aurait vendu l'héritage sujet à retrait, ou bien contre le second acheteur et détenteur du dit héritage. Auquel il sera seulement tenu à payer ce que le dit premier acheteur aura déboursé, sauf au second acheteur son recours contre icelui premier acheteur.

C'est bien là le droit commun de la France.

Une remarque avant de terminer. Il est permis de se demander, dit Demolombe, si les avantages du retrait successoral compensent les inconvénients qui en résultent. Et, dit Laurent, le droit successoral est un droit purement arbitraire, et fondé sur de mauvaises raisons. C'est à juste titre, ajoute un auteur très récent (1893) Huc comm. dr. Code Civil (1), qu'il a été proscrit par le Code Civil Italien.

L'éminent jurisconsulte qui présidait en Cour d'Appel, à Montréal au jugement dans la cause de *Durocher v. Turgeon* (2) partageait évidemment ces opinions, en exprimant le regret que nos codificateurs aient conservé ce retrait. Sous ces circonstances, quoique ce soit là, il est vrai, une question qui ne tombe pas, strictement partant, dans les attributions d'une cour de justice il nous est permis cependant d'y attirer l'attention de la législature de la Province de Québec. L'on trouvera peut-être expédient de mettre fin à ce droit de retrait entièrement comme on l'a fait en 1855 pour le retrait lignager.

Appel débouté avec dépens distraits à M. Bowie, procureur de l'intimée.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for appellant: *Béique, Lafontaine, Turgeon & Robertson.*

Solicitor for respondent: *D. E. Bowie.*

(1) Vol. 5, p. 383.
22½

(2) 19 L. C. Jur. 178.

1894
BAXTER
v.
PHILLIPS.
Taschereau
J.