

J. A. COULOMBE (DEFENDANT).....APPELLANT;

1949

* May 4, 5, 9

AND

LA SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE AGRI-
 COLE DE MONTMORENCY
 (PLAINTIFF)

RESPONDENT.

1950

* Jan. 19

ON APPEAL FROM THE COURT OF KING'S BENCH, APPEAL SIDE,
 PROVINCE OF QUEBEC

Servitude—Will—Water power—Obligation to repair—Whether personal obligation or real servitude—Servitude upon servitude—Registration of the will—Arts. 449, 503, 545, 549, 550, 555, 1013, 1019, 2089, 2098, 2116, 2166, 2168 C.C.

By her will the testatrix left to her son, the predecessor in title of the appellant, a cardboard factory, the dam serving it and the entire water power up to and including a barrage called the "retenue". To her daughter, the predecessor in title of the respondent she left the adjoining lower lands including a flour and sawmill and a right to water power sufficient to operate them. These properties are situate on the de Lottinville River and some four miles below the retenue erected across the Laval River for the purpose of diverting some of its water into the de Lottinville River. Para. 7 of the will states: "Ma fille Zoé aura le droit de se faire fournir par mon fils Louis, à même le pouvoir d'eau de la manufacture, l'eau nécessaire pour faire fonctionner les moulins..." Appellant contended that the right to receive the water power given to the daughter was a personal right only against the son and could not be asserted against the appellant and also that as the will was not registered in the district in which the retenue lies, it could not be asserted against him. The respondent contended on the other hand that the will created a real servitude and that the appellant was obliged to maintain the retenue in repair. The majority in the Court of Appeal held that the will created a real servitude.

Held: (The Chief Justice and Kerwin J. dissenting) that, what was bequeathed was a real servitude for the benefit of the lower lands, of which the obligation to repair was part and parcel of the entire servitude imposed upon the properties devised to the son.

Held: Even though the right to maintain the retenue is a servitude, the will did not create a servitude upon a servitude as the servitude created is upon the retenue itself which is owned by the appellant.

Held: Appellant cannot complain that the will was not registered as this would be a denial of his own source of title.

Per The Chief Justice and Kerwin J. (dissenting): From the language used in the will, it is impossible to deduct that the testatrix had the intention to create a real servitude. Assuming the intention to create a real servitude, as she did not follow the prescriptions of the Code requiring on the part of the servient land that the servitude be passive and not active, and also that the use and extent of it be determined by the title creating the servitude, the result is a personal obligation on the part of the son.

* PRESENT:—Rinfret C.J. and Kerwin, Rand, Kellock and Estey JJ.

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

APPEAL from the judgment of the Court of King's Bench, appeal side, province of Quebec (1), dismissing, Marchand J.A. dissenting, the appeal from the decision of the Superior Court, Boulanger J., holding that a real servitude had been created by the will.

Charles Cannon, K.C., for the appellant.

Jacques Lapointe for the respondent.

The dissenting judgment of the Chief Justice and of Kerwin J. was delivered by

The CHIEF JUSTICE:—Cette cause dépend essentiellement de l'interprétation que l'on doit donner au testament fait le 5 janvier 1925 par Madame Zoé Turgeon-Richard en faveur de son fils Louis et sa fille Zoé.

Par son testament elle léguait à son fils Louis sa manufacture de carton située à l'Ange Gardien, avec les terrains y attenant et les bâtisses érigées sur ces terrains et servant à l'exploitation de la manufacture. Le legs suit en ces termes:

Je lui donne et lègue avec dispense de rapport le pouvoir d'eau de la retenue et ce qui sert à l'exploiter tel que chaussées, digues, ainsi que la maison appelée power house. Mondit fils aura droit de passage à pied et en voiture sur les terres léguées à d'autres légataires, pour se rendre au pouvoir d'eau de la retenue, au power house, à la mine, au chemin de fer par les chemins existants déjà et affectés à cet usage;

D'autre part, la testatrice lègue à titre de propre à sa fille Zoé son moulin à scie, son moulin à farine, son cottage situé près du moulin au bas de la côte, la bâtisse des ouvriers, et les emplacements sur lesquels ces immeubles sont situés et les terrains attenant aux dits immeubles, ainsi que leurs dépendances.

Et voici maintenant la clause qui doit être interprétée pour décider la cause:

Ma fille Zoé aura le droit de se faire fournir par mon fils Louis, à même le pouvoir d'eau de la manufacture, l'eau nécessaire pour faire fonctionner les moulins que je lui lègue présentement; mais si des réparations devenaient nécessaires à la manufacture de carton, ou au pouvoir d'eau lui-même et qu'il fut nécessaire de suspendre le service de l'eau, alors, ma dite fille Zoé devra souffrir cette suspension du service de l'eau sans prétendre aucun recours en dommages contre mon dit fils Louis;

L'historique des propriétés dont il s'agit est contenu très au long et d'une façon détaillée dans le jugement de la Cour Supérieure dont l'appel est porté devant cette Cour et je ne crois pas utile de la répéter ici. Il suffit de mentionner que l'appelant était, lors de l'institution de cette cause, le propriétaire des immeubles légués à Louis Richard et l'intimée était la propriétaire des immeubles légués à Zoé Richard, la fille de la testatrice.

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

L'action fut instituée par l'intimée alléguant que le pouvoir d'eau ou barrage de la retenue était dans un état de vétusté déplorable et que, par suite de ce mauvais état, l'eau s'échappait en grande quantité dans une direction autre que celle des propriétés de l'intimée, "la privant en conséquence d'une partie du pouvoir dont elle aurait besoin pour son moulin, à tel point qu'elle en est privée presque complètement pendant les périodes de sécheresse, dommages qu'elle n'aurait point à subir si le barrage était étanche".

Il est important de constater quelles sont les conclusions de l'action de l'intimée. Elle a conclu

à ce que, par le jugement à intervenir, il soit dit et déclaré que la demanderesse a droit de recevoir toutes les eaux de la rivière Ferrée et de Lottinville nécessaires à l'opération de son moulin à farine situé sur les lots 421 et 422 du cadastre officiel pour la paroisse de Château-Richer; que le défendeur, comme propriétaire du barrage et du pouvoir d'eau, est obligé de faire au barrage les travaux de réparations et d'entretien nécessaires pour fournir à la demanderesse l'eau dont elle a besoin pour son moulin et à ce que le défendeur soit condamné à faire au dit barrage les réparations nécessaires pour en assurer la solidité et l'étanchéité et pour assurer un débit constant au moulin de la demanderesse.

Les conclusions de la déclaration ajoutent une demande qu'à défaut par le défendeur de faire les travaux requis dans les quinze jours du jugement à intervenir "la demanderesse soit autorisée à entrer chez le défendeur pour faire les dits travaux aux frais du défendeur, le tout avec dépens contre le défendeur, la demanderesse se réservant tous autres recours contre le défendeur pour les dommages subis."

Le jugement de première instance est à l'effet que la preuve a démontré sans l'ombre d'un doute que le barrage était en très mauvaise condition et qu'il laissait fuir dans

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

la rivière Laval un quart de l'eau qui serait censé se déverser dans la rivière de Lottinville; qu'il avait besoin de réparations urgentes et immédiates qui coûteraient \$2,500; et trouve que l'action de la demanderesse était bien fondée; "que le barrage de la Retenue, appartenant au défendeur, est assujetti par et en vertu du testament de Zoé Turgeon-Richard, du 5 janvier 1925, à une servitude en faveur du moulin à farine et du moulin à scie de la demanderesse situés sur parties des lots 421 et 422 du cadastre de Château-Richer et sur le lot numéro 2 du cadastre de l'Ange-Gardien; que cette servitude consiste à fournir aux dits moulins l'usage et l'eau retenue et détournée par ce barrage". Il maintient en conséquence les conclusions de la demanderesse et déclare que la demanderesse a droit de recevoir toutes les eaux des rivières Ferrée et de Lottinville nécessaires à l'opération de son moulin à farine situé sur les lots 421 et 422 du cadastre officiel pour la paroisse de Château-Richer; et déclare que le défendeur, comme propriétaire du barrage du pouvoir d'eau, est obligé de faire au barrage les travaux de réparations et d'entretien nécessaires pour fournir à la demanderesse l'eau dont elle a besoin pour son moulin et condamne le défendeur à faire audit barrage les réparations nécessaires . . . pour assurer un débit d'eau constant au moulin de la demanderesse"; à défaut de quoi, dans les quinze jours du jugement, la demanderesse est autorisée à faire ces travaux et à entrer chez le défendeur pour les faire, aux frais du défendeur; le tout avec dépens.

Ce jugement a été confirmé par la majorité de la Cour du Banc du Roi (en Appel) (1) dans les termes suivants

Considérant que la preuve documentaire et orale versée au dossier justifie les conclusions prises par la demanderesse en son action confessionnelle de servitude, et c'est à bon droit qu'elles ont été accueillies par la Cour Supérieure;

l'appel du défendeur est rejeté avec dépens.

Ce jugement de la Cour s'appuie en somme sur les notes de M. le Juge Saint-Jacques, à l'opinion de qui les autres juges se sont ralliés, à l'exception de l'honorable juge Marchand qui exprime sa dissidence en vertu du principe que le testament n'avait pas été enregistré au désir de la

(1) Q.R. [1948] K.B. 761.

loi sur l'immeuble où la servitude était réclamée et qu'en conséquence il avait perdu toute efficacité comme acte constitutif de telle servitude.

Il convient de faire remarquer immédiatement que la déclaration de la demanderesse, ni d'ailleurs ses conclusions n'invoque pas l'existence d'une servitude réelle. Ce n'est que dans les jugements que l'on voit apparaître cette description des obligations respectives et des droits des "héritages" l'un sur l'autre. A lire les allégations de la demanderesse, l'on ne saurait éviter de remarquer qu'elle a réellement basé ses prétentions sur une obligation personnelle de Louis Richard, résultant du testament dont il s'agit.

Il n'est nullement question dans ce document, qui fait la base de l'action, d'une charge imposée sur l'héritage de Louis Richard pour l'utilité de l'héritage légué à sa fille Zoé par la testatrice, ainsi que l'exige l'article 499 du Code Civil.

Il n'y est pas dit que le barrage de la retenue est affecté d'une charge en faveur des moulins à scie et à farine donnée à la fille Zoé par le testament en question; mais on y parle des obligations de Louis Richard qui auraient été assumées par l'appelant.

Or, cela est inexact; l'appelant n'a pas assumé les obligations de Louis Richard de fournir aux moulins de Zoé l'eau qui peut être nécessaire pour les faire fonctionner. Bien au contraire, sur ce point, le titre de l'appelant est plus clair que le testament. L'acquéreur de la faillite de Louis Richard n'assume aucune obligation. L'acte stipule simplement que Dame Ozélie Doyon "aura droit cependant de se servir du dit pouvoir d'eau en aval de la manufacture pour l'entretien du moulin à farine, du moulin à scie ainsi que du Power House et de ses bâtiments actuels sis et situés sur les lots numéros 421 et 422 du cadastre de Château-Richer". L'on remarque, qu'ici encore, il est question "du pouvoir d'eau en aval de la manufacture". Ce pouvoir d'eau ne saurait être le barrage de la retenue qui est situé à quatre milles en amont de la manufacture.

Les obligations assumées par Coulombe dans le contrat de vente que lui a consenti le syndic à la faillite de Louis Richard sont si peu favorables à l'interprétation que la

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

1950

COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

demanderesse veut maintenant donner au testament, dont nous nous occupons, que le Juge de première instance et la Cour du Banc du Roi (en Appel), afin d'arriver à leurs conclusions, ont dû dégager la demanderesse des conséquences des stipulations contenues dans cet acte de vente en faisant remarquer que ni la demanderesse, ni son auteur, n'était partie à cet acte et que, par conséquent, cet acte ne pouvait "en aucune façon lier la demanderesse".

Si l'on s'en tenait aux stipulations de l'acte de vente par la faillite à l'appelant actuel, les jugements dont est appel ne pourraient tenir.

C'est donc uniquement du testament que l'intimée peut se réclamer pour maintenir les prétentions qu'elle émet maintenant, et, l'action qu'elle a prise n'est pas une action confessoire de servitude réelle sur le barrage de la retenue; c'est clairement une action basée sur l'obligation personnelle de Louis Richard, à laquelle la demanderesse alléguait que Coulombe a succédé. Bien loin de trouver dans l'acte d'acquisition de Coulombe une clause par laquelle il aurait assumé cette obligation, on y trouve la déclaration suivante: "Le vendeur déclare, sous la peine de droit, que les lots et le pouvoir d'eau ci-dessus vendus sont libres de toute hypothèque et charges quelconques, mais vend les dites propriétés à charge de cens et rentes qui pourraient les affecter."

Suit, dans cette vente, toute une nomenclature de servitudes actives et passives (que le Juge de première instance mentionne qu'il est impossible d'identifier faute de plan), mais où l'on chercherait vainement l'établissement d'une servitude sur le barrage de la retenue.

Certes, je m'accorde avec le Juge de première instance pour dire que "le testament, malheureusement, a été rédigé dans des termes lamentablement vagues et imprécis". Mais je cesse de m'accorder lorsqu'il dit "qu'on peut sortir en dehors du testament pour découvrir l'intention véritable de la testatrice".

L'on cite certains jugements, qui ne sont pas dans des causes de la province de Québec, où il aurait été dit que l'on ne devait pas s'en tenir aux termes mêmes du document, mais que l'on doit plutôt rechercher l'intention de la testatrice sans s'arrêter au langage qu'elle a employé.

Tout d'abord, cette prétention est diamétralement contraire à l'article 1013 du Code Civil, qui ne permet pas de s'écarter du "sens littéral des termes du contrat", à moins que la commune intention des parties soit douteuse. Mais, en plus, cela est également contraire au jugement du Conseil Privé dans la cause de *Auger v. Beaudry* (1), qui a été rendu dans une cause de Québec, et à laquelle j'aurai l'occasion de référer un peu plus loin. Ce jugement fait remarquer qu'il y a eu des hésitations au sujet de l'interprétation que l'on devait donner à un testament:

But whatever wavering from the strict rule of construction may have taken place in the past, it is now recognized that the only safe method of determining what was the real intention of a testator is to give the fair and literal meaning to the actual language of the will.

L'on remarque que le Conseil Privé, dans ce jugement, déclare positivement que, nonobstant les jugements qui ont pu être rendus au contraire, dès lors, c'est-à-dire, en 1920 et pour le futur, la seule règle qui doit guider l'interprétation des testaments est de s'en tenir au "sens littéral des termes". Les tribunaux ne sauraient spéculer sur ce que le testament aurait dû dire, ou sur ce qu'il aurait été équitable de dire, ou sur ce qu'il aurait été plus avantageux de dire; les tribunaux doivent s'en tenir à ce qui a été dit.

Ce qui importe réellement dans cette cause-ci, c'est donc d'interpréter la clause du testament invoqué par l'intimée strictement d'après les termes employés dans ce testament.

Et, si je fais ci-dessus allusion à la façon dont la déclaration et ses conclusions sont rédigées, c'est pour indiquer que l'intimée elle-même, lorsqu'elle a décidé d'instituer son action contre l'appelant, n'a pas interprété le testament comme ayant constitué une servitude réelle et qu'elle invoque seulement une obligation personnelle de la part de Louis Richard.

Il est évident que, si nous avions devant nous une action intentée contre ce dernier, la situation serait bien différente. Mais il faut remarquer que l'on prétend ici imposer à un tiers acquéreur une charge qui n'est indiquée ni dans le testament, ni dans la déclaration annexée au bref d'assignation, sans être capable de trouver dans le testament lui-même la création d'une servitude réelle, et, sans que ce

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

(1) [1920] A.C. 1010.

1950

COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

tiers acquéreur ait pu découvrir au bureau d'enregistrement qu'il acquérait une propriété subordonnée à une servitude réelle, et alors que son vendeur, dans le titre d'acquisition, déclare, au contraire, positivement, comme je l'ai fait remarquer plus haut, que les lots et le pouvoir d'eau vendus par la faillite de Louis Richard "sont libres de toute hypothèque et charges quelconques".

Et, non seulement il n'est pas établi que Coulombe pouvait découvrir au bureau d'enregistrement que cette prétendue servitude était enregistrée sur le barrage de la retenue, mais la testatrice elle-même déclare:

Attendu que dans mon présent testament les immeubles que j'y ai légués n'y sont pas désignés sous leurs numéros de cadastre, et qu'il pourrait peut être survenir des malentendus entre mes légataires sur la fixation des limites d'iceux, je veux qu'au cas de toute difficulté concernant leur délimitation, la décision de mon exécuteur testamentaire soit finale et irrévocable.

Je ne me prononcerai pas sur la validité de cette clause, par laquelle elle prétend laisser à la décision de son exécuteur testamentaire la fixation des limites des différents immeubles légués par elle, autrement que pour faire remarquer, qu'à tout événement, vu que les malentendus qu'elle prévoyait sont survenus, nous n'avons devant nous aucune décision de l'exécuteur testamentaire à ce sujet. Nous pourrions nous demander, au cas où telle décision aurait été rendue, jusqu'à quel point le désir de la testatrice que cette décision "soit finale et irrévocable" lierait les parties en cette cause et devrait être reconnu irrévocablement par la Cour. Je n'ajouterai aux considérations qui précèdent que cet autre passage tiré du jugement de la Cour Supérieure:

Voilà pourquoi les anciens titres ne peuvent guère nous aider à déterminer s'il y a servitude actuellement, même s'ils peuvent nous aider à comprendre quel était l'état de choses avant le testament de Zoé Turgeon-Richard.

En effet, c'est dans ce testament qui lègue le moulin à farine à la fille de la testatrice, Zoé Richard-Savard, et le barrage de la Retenue au fils de la testatrice, Louis Richard, qu'il nous faut trouver la création d'une servitude sur l'immeuble du barrage en faveur de l'immeuble de la meunerie, si la demanderesse a raison dans ses prétentions. Il n'y a pas d'autre titre et une servitude ne peut exister sans titre... Pour qu'il y ait servitude, il suffit que l'on puisse trouver dans le titre constitutif la création d'un service imposé sur un immeuble au profit d'un autre immeuble. Évidemment, si ce service immobilier n'apparaît pas dans le titre, il n'y a pas de servitude; il n'y a qu'une obligation personnelle.

Et j'ajoute que, contrairement à ce qui existe en France, et, par conséquent, à ce qu'enseignent les commentateurs du Code Napoléon, pour une servitude, la possession même immémoriale ne suffit pas à cet effet (C.C. 549); le titre constitutif de la servitude ne peut être remplacé que par un acte recognitif émanant du propriétaire du fonds asservi (C.C. 550); et même la destination du père de famille vaut titre, seulement lorsqu'elle est par écrit, et que la nature, l'étendue et la situation en sont spécifiées (C.C. 551).

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

Il faut rapprocher de cette dernière particularité "que la nature, l'étendue et la situation en sont spécifiées", qu'en vertu de l'article 545, "l'usage et l'étendue de ces servitudes se déterminent d'après le titre qui les constitue, ou d'après les règles qui suivent si le titre ne s'en explique pas".

Or, ici, d'après même la clause du testament que nous avons citée et d'après tout ce que dit le Juge de la Cour Supérieure, il n'est pas possible de déterminer l'usage et l'étendue de la servitude que les deux jugements, qui sont en appel devant nous, ont prétendu imposer au barrage de la retenue; sans compter que l'effet des jugements serait que cette charge qu'ils imposent à l'appelant, si elle est une servitude réelle, comme ils le disent, constituerait sur le barrage de la retenue une charge à perpétuité. En sorte que, tous les acquéreurs successifs de l'héritage légué par la testatrice à Louis Richard seraient tenus indéfiniment à réparer le barrage de la retenue pour le bénéfice des détenteurs des moulins à scie et à farine légués par la testatrice à sa fille. C'est une conséquence à laquelle je ne puis me résoudre dans l'interprétation du texte du testament.

Naturellement, j'ai considéré si, indépendamment de ce texte, l'intimée n'aurait pas pu invoquer les articles du Code qui parlent des servitudes qui dérivent de la situation des lieux. L'article 503 du Code Civil règle le cas de celui dont l'héritage borne une eau courante ne faisant pas partie du domaine public, ou de celui dont l'héritage est traversé par cette eau. Il peut s'en servir, à son passage, pour l'utilité de son héritage, mais de manière à ne pas empêcher l'exercice du même droit par ceux à qui il appartient, et, c'est-à-dire, "à la charge de la rendre à la sortie du fonds à son cours ordinaire".

1950

COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

Évidemment, ce n'est pas là le droit que l'intimée invoque; et, en plus, elle ne saurait l'invoquer, parce que cet article traite d'une eau courante qui borne ou traverse un héritage dans son cours naturel. Or, ici, c'est l'intimée elle-même qui se charge de nous démontrer que, sans le barrage de la retenue (et, c'est-à-dire, sans le secours de cet ouvrage artificiel), le peu d'eau courante qui borne ou traverse l'héritage de l'appelant ne serait d'aucune utilité pour ses moulins à scie et à farine. Si le barrage de la retenue n'était pas là pour diriger l'eau de la rivière Laval dans la rivière de Lottinville ou Petit-Pré, cette dernière serait absolument insuffisante pour les besoins des moulins de l'intimée.

Or, Pothier dans son *Traité des Donations testamentaires*, au chapitre 7, intitulé: "De l'interprétation des legs", pose la règle suivante:

357. Art. II—Il ne faut pas néanmoins s'écarter de la signification propre des termes du testament s'il n'y a de juste raison de croire que le testateur les a entendus dans un autre sens que leur sens naturel.

Et nous avons sur ce point la décision du Comité Judiciaire du Conseil Privé dans le cas de *Auger v. Beaudry* (1):

The only safe method of determining what was the real intention of a testator is to give the fair and literal meaning to the actual language of the will.

Appliquant les principes ainsi posés par ces deux hautes autorités, il s'en suit que nous devons rechercher l'intention de la testatrice en l'espèce exclusivement dans le langage dont elle s'est servie. En cela, d'ailleurs, nous ne ferons que suivre la prescription du Code Civil (art. 1013) que la portée d'un document doit toujours se déduire du sens littéral des termes employés et qu'on ne doit recourir à une autre interprétation que "lorsque la commune intention des parties est douteuse".

A cet article du Code on doit ajouter que, même dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui est chargé de l'obligation (C.C. 1019).

D'après les strictes règles du Code Civil, par conséquent, il ne s'agit pas ici de rechercher si l'usage de l'eau provenant du barrage de la retenue peut ou non être utile ou même nécessaire aux moulins de l'intimée. C'est la testa-

(1) [1920] A.C. 1010.

trice qui elle-même avait le droit de stipuler quelles seraient les obligations de son fils Louis Richard, et les tribunaux n'ont pas le droit de lui en imposer davantage, au-delà de ce qu'elle a elle-même déclaré dans son testament (Consulter *Riou v. Riou* (1), C.C. art. 545). Et quand le droit de servitude est douteux en vertu du titre, le doute doit être donné en faveur de l'immeuble servant, c'est-à-dire, en l'espèce, de l'appelant (*Cross v. Judah* (2)), Décision de la Cour de Revision (3).

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

Référons de nouveau au jugement du Conseil Privé dans *Auger v. Beaudry supra*. A la page 1014, il s'exprime comme suit:

But whatever wavering from the strict rule of construction may have taken place in the past, it is now recognized that the only safe method of determining what was the real intention of a testator is to give the fair and literal meaning to the actual language of the will. Human motives are too uncertain to render it wise or safe to leave the firm guide of the words used for the uncertain direction of what it must be assumed that a reasonable man would mean.

C'est ainsi qu'il a été décidé dans *Christin v. Pélouquin* (1):

A covenant in a deed by which P. acquired the right to erect a wind-mill pump on his neighbour's land to supply water to his premises by a pipe, "that he agrees to permit F., another neighbour, to take water for the use of his premises from the pump, and for that purpose to connect a pipe with the one to be laid by P." does not establish a servitude in favour of F.'s premises. The latter are not described so as to be made a dominant tenement and there is no servient tenement on which the charge is imposed. The covenant only gives rise to a personal obligation by P. to F. and the subsequent owners, à titre particulier, of F.'s premises have no rights of servitude that can be enforced against P.

De même, la Cour du Banc du Roi (en Appel) dans *Germain v. Hébert* (2) a jugé que

Nulle servitude ne pouvant s'établir sans titre, une entente entre certains cultivateurs et le propriétaire d'une beurrerie, en vertu de laquelle ces derniers, en contribuant quelque peu à la construction d'un chemin sur la terre du propriétaire, auraient obtenu la permission d'y passer pour se rendre à la beurrerie, ne constitue pas un titre créant une servitude de passage, même si la municipalité avait contribué une modique somme pour acheter la broche de la clôture de chaque côté du chemin.

Si maintenant l'on se reporte au langage employé par la testatrice dans son testament (testament fait devant deux notaires et, par conséquent, où l'on ne peut alléguer que la

(1) 28 S.C.R. 53.

(1) Q.R. 28 S.C. 299.

(2) 15 L.C.J. 264.

(2) Q.R. 27 K.B. 532.

(3) Q.R. 40 S.C. 538.

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

testatrice n'avait pas l'assistance de professionnels versés dans la loi), l'on remarque immédiatement que le mot "servitude" n'est nulle part employé; mais naturellement cela ne serait pas décisif, si par ailleurs les termes du testament justifiaient de croire qu'elle a créé une servitude.

D'autre part, il m'est impossible de trouver dans ces termes une constitution de servitude. Cette affirmation trouvera un appui supplémentaire si l'on tient compte de la situation des lieux.

La testatrice possédait une manufacture de carton avec les terres y attenant et les bâtisses érigées sur ces terrains et servant à l'exploitation de la manufacture. En vertu de la clause 4 du testament, elle donne cette manufacture à son fils Louis et elle y ajoute "la maison autrefois habitée par lui avec droit de passage à pied et en voiture sur la terre voisine pour avoir issue de sa maison sur le chemin public, avec aussi le garage d'automobile, l'automobile et les terrains attenant à la dite maison".

Elle lui donne en plus "le wagon automobile (truck) ainsi que toutes les machineries, courroies, et autres garnitures de son moulin des Saules, lequel dit moulin est disposé plus loin dans mon testament... et le pouvoir d'eau de la retenue et ce qui sert à l'exploiter tel que chaussées, digues, ainsi que la maison appelée power house". Elle stipule que son fils "aura droit de passage à pied et en voiture sur les terres léguées à d'autres locataires; pour se rendre au pouvoir d'eau de la retenue, au power house, à la mine, au chemin de fer par les chemins existants déjà et affectés à cet usage".

L'on remarque que d'abord elle parle là de sa manufacture de carton et des bâtisses et terrains servant à l'exploitation de cette manufacture.

Ce n'est que dans un paragraphe subséquent qu'elle donne "le pouvoir d'eau de la retenue" avec droit de passage à pied et en voiture pour se rendre à ce pouvoir d'eau. Mais quand, dans la clause 7 du testament, elle décrit le legs fait à sa fille Zoé, elle l'exprime comme suit: "...mon moulin à scie, mon moulin à farine, mon cottage situé près du moulin au bas de la côte, la bâtisse des ouvriers, et les emplacements sur lesquels ces immeubles

sont situés et les terrains attenants aux dits immeubles, ainsi que leurs dépendances;”. Puis, elle ajoute: “Ma fille Zoé aura le droit de se faire fournir par mon fils Louis, à même le pouvoir d’eau de la manufacture, l’eau nécessaire pour faire fonctionner les moulins que je lui lègue présentement; mais si des réparations devenaient nécessaires à la manufacture de carton, ou au pouvoir d’eau lui-même et qu’il fut nécessaire de suspendre le service de l’eau, alors, ma dite fille Zoé devra souffrir cette suspension du service de l’eau sans prétendre aucun recours en dommages contre mon dit fils Louis;”.

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

Elle fait donc une distinction très nette entre le pouvoir d’eau de la manufacture et le pouvoir d’eau de la retenue. Dans le legs constitué par la clause 4 du testament elle parle d’abord de la “manufacture de carton”; puis, dans un paragraphe distinct, elle parle du “pouvoir d’eau de la retenue”. Dans la clause 7, qui est celle qui concerne sa fille Zoé, lorsqu’elle lui lègue le droit de se faire fournir par son fils Louis l’eau nécessaire pour faire fonctionner les moulins qu’elle lui lègue, elle stipule que cette eau devra être prise “à même le pouvoir d’eau de la manufacture”.

Or, il est de règle que les mêmes mots employés dans un même document doivent être interprétés comme signifiant la même chose. Appliquant cette règle, il s’ensuit que le pouvoir d’eau de la manufacture, auquel réfère la clause 7, est le pouvoir d’eau de la manufacture de carton mentionné dans la clause 4.

En plus, il n’y a pas de manufacture “au pouvoir d’eau de la retenue”. Comment, dès lors, interpréter les mots de la clause 7, “à même le pouvoir d’eau de la manufacture”, comme s’appliquant au pouvoir d’eau de la retenue?

Il est clairement établi dans la preuve que “le pouvoir d’eau de la retenue” était la façon reconnue de désigner un autre pouvoir d’eau, qui n’était pas celui de la manufacture de carton, et qui d’ailleurs est situé à quatre milles de distance de la manufacture. Il se peut que l’on eût pu entendre que la manufacture de carton bénéficiait réellement de deux pouvoirs d’eau, celui de la retenue et celui constitué par le barrage qui se trouve à la manufacture;

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

mais lorsque la testatrice prend la peine de désigner chacun de ces pouvoirs d'eau d'une façon différente, le langage qu'elle emploie oblige de donner à chacun d'eux un sens différent.

Déjà le fait que le pouvoir d'eau de la retenue est à quatre milles de distance de la manufacture rend vraiment improbable que si la testatrice avait voulu dans la clause 7 désigner la retenue comme étant le pouvoir d'eau d'où sa fille Zoé aurait le droit de se faire fournir l'eau nécessaire pour faire fonctionner les moulins qu'elle lui léguaient, elle n'aurait pas employé pour le désigner les mêmes mots qu'elle a employés dans la clause 4.

Personnellement je n'ai pas de doute sur le sens de ces mots; mais, comme on l'a vu tant d'après le Code Civil que d'après la jurisprudence, s'il y a un doute, il doit être interprété en faveur de celui à qui l'obligation était imposée et à l'encontre de celui qui voudrait en bénéficier.

De plus, la clause 7 elle-même fournit une indication additionnelle du véritable sens que l'on doit donner à l'expression: "à même le pouvoir d'eau de la manufacture"; car cette clause ajoute que si des réparations devenaient nécessaires à la manufacture de carton, ou au pouvoir d'eau lui-même et qu'il fût nécessaire de suspendre le service de l'eau, alors, la fille de la testatrice devra souffrir cette suspension de service de l'eau sans prétendre aucun recours en dommages contre son dit fils Louis. Il ne semble pas qu'il puisse y avoir le moindre doute que la référence "au pouvoir d'eau lui-même" venant immédiatement après l'emploi des mots "manufacture de carton" ait pour but de désigner le pouvoir d'eau de la manufacture, celui-là même d'où la fille de la testatrice a le droit de se faire fournir par son frère Louis l'eau nécessaire pour faire fonctionner les moulins que la testatrice lui a légués.

J'ajoute cette analyse seulement à titre supplémentaire car, à mon humble avis, l'expression de la testatrice: "Ma fille Zoé aura le droit de se faire fournir par mon fils Louis, à même le pouvoir d'eau de la manufacture, l'eau nécessaire..." n'a pas pour effet de créer une servitude. Cette expression constitue exclusivement la création d'une obli-

gation personnelle de la part de Louis. Il en résulte qu'il lui incombe de fournir l'eau à sa sœur Zoé avec la restriction que cette eau devra provenir du "pouvoir d'eau de la manufacture". C'est là le sens littéral des mots employés. L'intention n'est pas douteuse; et l'article 1013 du Code Civil doit recevoir sa stricte application. Cette intention découle davantage encore, si possible, du fait que la clause ajoute que la fille devra souffrir toute suspension de service au cas où des réparations deviendraient nécessaires à la manufacture de carton ou au pouvoir d'eau de cette manufacture.

Comme je l'ai dit, c'est dans les notes de l'honorable juge Saint-Jacques qu'il faut trouver les motifs de la décision de la Cour d'Appel, car les autres juges déclarent partager entièrement son opinion. La première observation qui, d'après moi, s'impose à ce sujet, c'est que l'honorable juge s'appuie sur des textes des commentateurs du Code Napoléon: Toullier & Duvergier; Pardessus; Planiol & Ripert et Puzier-Herman.

Or, le Code Civil de la province de Québec, en matières de servitudes, est différent du Code français. Ce sont les codificateurs eux-mêmes qui nous en préviennent; et, d'ailleurs, il suffit de comparer les articles des deux codes pour le constater immédiatement.

Il y a tout d'abord une différence fondamentale: C'est, qu'en vertu du Code civil de la province de Québec (art. 549), nulle servitude ne peut s'établir sans titre et que la possession, même immémoriale, ne suffit pas à cet effet. Sur ce point, le 3^e Rapport des codificateurs nous dit:

Cet article qui n'est qu'une répétition du 186^e de la Coutume de Paris, énonce que la servitude ne peut s'acquérir par prescription, que dans tous les cas il faut un titre (54); il remplace les articles 690 et 691 du Code Napoléon, le premier décidant que les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre et par prescription de trente ans, et le second décrétant que les continues non apparentes et les discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titre, adoptant en cela le système du droit romain contraire à celui généralement admis en France dans les pays de coutume, où l'on suivait la maxime de la Coutume de Paris, "nulle servitude sans titre".

De même de l'article 545 du Code Civil de la province de Québec, en vertu duquel: "L'usage et l'étendue de ces servitudes se déterminent d'après le titre qui les constitue,

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

1950
 COULOMBE
 v.
 SOCIÉTÉ
 COOPÉRATIVE
 AGRICOLE
 DE
 MONT-
 MORENCY
 —
 Rinfret C.J.

ou d'après les règles qui suivent, si le titre ne s'en explique pas". Voici, dans le 3^e Rapport, ce qu'en disent les codificateurs:

Cet article indique, dans un premier paragraphe, quels sont ceux qui peuvent établir des servitudes sur ou en faveur de leurs fonds, et dans un second, comment s'apprécient et se déterminent l'usage et l'étendue de celles une fois établies; il remplace l'article 686 du Code Napoléon (50) dont il diffère cependant d'abord, en ce que dans le premier paragraphe il est déclaré: "que les services établis ne sont imposés ni à la personne ni en faveur de la personne, mais au fonds et pour le fonds"; énonciation inutile pour nous, et qui a dû être omise, après la déclaration déjà faite qu'il ne s'agit ici que des servitudes réelles et nullement des personnelles; et ensuite en ce qu'il a fallu changer la rédaction de ce même paragraphe pour lui faire dire d'une manière distincte que la seule qualité de propriétaire d'un immeuble ne suffit pas pour permettre de le grever ou de le faire jouir d'une servitude, mais qu'il faut de plus être usant de ses droits et capable d'aliéner, puisque l'imposition d'une servitude diminuant la valeur de l'immeuble en est justement regardée comme une aliénation partielle.

Le second paragraphe de l'article 686 a aussi dû être changé pour le rendre conforme à notre système, qui n'admet pas de servitudes sans titre. Malgré cela il est possible que le titre qui la constitue ne s'explique pas sur l'usage et l'étendue du droit; alors il faut avoir recours à certaines règles qui se trouvent tracées dans la présente section; c'est ce que dit le second paragraphe de notre article tel qu'il est proposé.

A l'égard d'autres articles encore du Code Civil de la province de Québec, les codificateurs indiquent que les articles qu'ils ont proposés (et qui ont été adoptés) sont basés sur la Coutume de Paris et ne sont pas conformes au Code Napoléon. Il n'est pas nécessaire de les énumérer ici, vu que les articles en question ne trouvent pas d'application dans la présente cause.

Mais ce qui précède est suffisant pour démontrer le danger d'accepter, pour interpréter la Loi de Québec, les commentaires des auteurs qui ont écrit sous le Code Napoléon.

Mais, en outre de cette critique qu'il faut nécessairement adresser aux notes de M. le juge Saint-Jacques, il y a surtout que les extraits des commentateurs qu'il cite—je le dis en toute déférence—ne sont pas applicables au présent litige.

Les citations de Toullier-Duvergier (6^e édition, Tome 2, n° 588, p. 264) et de Pardessus (Traité des Servitudes—Tome 1, n° 10, p. 25) traitent de la question du point de vue du fonds dominant tandis que la présente cause doit être décidée du point de vue du fonds servant. La cita-

tion de Toullier parle du droit imposé pour un fonds, ou stipulé en faveur de la personne; celle de Pardessus fait de même: "...la concession soit expressément déclarée être faite à ce fonds ou à une personne qui dans le fait possède cet héritage et qui aurait qualité pour acquérir des droits en sa faveur...".

Or, ici, ce que nous avons à rechercher est si une servitude réelle a été "établie sur" l'immeuble de Louis Richard, et cette recherche doit être déterminée d'après le titre qui, suivant qu'on le prétend, aurait ici constitué une servitude, et, c'est à savoir, le testament.

Les mots du testament ont déjà été reproduits plusieurs fois dans ce jugement, mais on ne saurait jamais trop y insister. C'est le droit conféré à la fille Zoé "de se faire fournir par le fils Louis, à même le pouvoir d'eau de la manufacture, l'eau nécessaire...".

Il me paraît impossible d'étendre le sens de cette expression de façon à lui faire dire que les moulins légués à la fille Zoé auront le droit de se faire fournir de l'eau. Le sens littéral et naturel de cette expression est que la testatrice conféra un droit à la fille Zoé elle-même qui, seule, peut contraindre son frère à lui fournir de l'eau.

Mais, surtout, "se faire fournir l'eau nécessaire" par le fils Louis ne saurait impliquer autre chose qu'un acte par Louis de fournir l'eau en question. Il ne s'agit pas ici d'une obligation établie sur l'immeuble de Louis; il s'agit d'une obligation que le fils Louis devra être tenu de remplir par son acte personnel. Ce n'est pas une charge imposée sur le fonds légué à Louis; c'est une dette imposée à Louis personnellement. Pardessus lui-même, dans son *Traité des Servitudes* (8^e édition, Tome 1, p. 25), fait remarquer que:

La distinction entre les droits personnels et les droits réels, quoique pouvant les uns et les autres être exercés sur des immeubles, n'est pas seulement dans les mots; elle a des effets importants pour le mode d'acquisition, de conservation et d'extinction des droits.

Cette phrase, que je tire de Pardessus, précède immédiatement le passage cité par l'honorable juge Saint-Jacques. Et, au n° 11, qui suit presque immédiatement, le même auteur ajoute:

Les servitudes consistent, soit dans l'obligation du propriétaire d'un fonds de souffrir qu'on y exerce un droit, soit dans l'obligation de ce propriétaire de s'abstenir de quelque chose qu'il aurait naturellement droit d'y faire.

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
—
Rinfret C.J.
—

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

Entre autres exemples de cette obligation de souffrir qu'on y exerce un droit, il mentionne: "d'aller y puiser, ou d'y conduire ses bestiaux à l'abreuvement, au pacage, etc."

L'auteur donne plusieurs autres exemples, qui, tous, impliquent la stipulation que le propriétaire du fonds dominant aurait la faculté d'accomplir un acte positif sur le fonds servant. Il parle (p. 29) du "droit de prendre dans une forêt les bois nécessaires au chauffage". A la page 49, il dit, en parlant de l'article 686 du Code Napoléon:

Cet article "ne permettant pas de stipuler des servitudes imposées à la personne, on ne pourrait en donner le nom et en attribuer les effets à des travaux ou journées d'hommes ou d'animaux, que le donateur ou le vendeur d'un immeuble imposerait à l'acquéreur, quand même ces prestations auroient pour objet de procurer une plus grande utilité à un héritage en faveur duquel elles auroient été stipulées ou réservées. Peu importerait que les contractants eussent déclaré que la charge sera foncière et perpétuelle sur *tel* ou *tel* héritage; parce que la liberté des conventions ne va pas jusqu'à modifier ce qui est de l'essence des choses. On ne pourrait y voir qu'un louage de services; si la durée n'en avoit pas été limitée par la convention des parties, elle devroit l'être par les tribunaux; elle n'obligerait que celui qui auroit promis et ses héritiers, dans les cas où, d'après les principes du droit commun, ceux-ci sont tenus d'exécuter une obligation de faire, contractée par leurs auteurs. Celui qui, par la suite, deviendrait acquéreur du fonds, dans la vente duquel cette convention accessoire auroit été stipulée, n'en serait tenu que si une clause spéciale de sa propre acquisition l'en chargeoit, à la différence d'une servitude, dont il serait tenu de plein droit et sans stipulation expresse.

Et, à la page 38, il avait déjà dit:

Si le doute étoit absolu, si aucune des circonstances, dont l'appréciation leur appartient (aux tribunaux), ne pouvoit le lever, il seroit plus sûr de décider que la stipulation est personnelle, plutôt que de la qualifier servitude; d'abord parce qu'en général une clause obscure doit être expliquée contre le stipulant et en faveur de l'obligé, conformément à l'art. 1162 du code; en second lieu parce que la cause de la liberté est la plus favorable, et qu'une concession en faveur des personnes, présente une chance de durée moins longue et par conséquent une charge moindre qu'une concession à titre de servitude.

Et M. Planiol, dans son *Traité élémentaire de Droit Civil* (6^e édition, Tome 1, n° 2929, p. 919) expose bien, il me semble, le caractère d'une servitude. Il intitule son paragraphe: "Le service ne doit pas être imposé à la personne", et, au cours de son explication de cette proposition, il dit:

Le propriétaire du fonds dominant acquiert un droit réel, ayant pour objet l'utilisation *par lui* du fonds d'autrui et le propriétaire du fonds servant est seulement tenu de l'en laisser jouir, sans avoir rien fait dans ce but.

Ce n'est pas moi qui souligne les mots "par lui"; c'est l'auteur lui-même et c'est ce qui l'amène un peu plus loin à parler de la "nature purement passive des servitudes". En d'autres termes, le propriétaire du fonds servant n'a rien à faire dans le but de permettre l'exercice de la servitude, car cette servitude, suivant l'expression de l'auteur, a "pour objet l'utilisation par lui du fonds d'autrui". C'est le propriétaire du fonds dominant qui doit utiliser par lui-même et non pas forcer le propriétaire du fonds servant à accomplir en faveur du propriétaire du fonds dominant un acte positif.

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
—
Rinfret C.J.
—

Puis, quand le même auteur est amené à étudier les conséquences de cette situation, au n° 2930 il dit:

Actuellement, une personne peut bien prendre l'engagement de rendre à un propriétaire certains services, mais cela sous une double restriction: 1° Il ne résultera de sa promesse qu'une obligation qui lui sera personnelle, non une servitude; cette obligation ne passera pas après elle aux propriétaires successifs de son bien; elle-même en sera personnellement débitrice et ne sera pas tenue à raison de son fonds et en qualité de propriétaire.

Plus loin, au n° 2935, Planiol dit, en comparant les servitudes avec les droits d'usage et les obligations:

Cette obligation peut avoir pour objet une *prestation positive*, une fourniture ou un travail à faire par le promettant.

et

Une fois créée elle est transmissible aux héritiers de l'une ou de l'autre partie; le droit de créance passe aux héritiers du créancier, la dette aux héritiers du débiteur. Mais les acquéreurs à titre particulier du fonds sur lequel s'exécute la charge n'en sont pas tenus, à moins qu'ils ne s'y soient spécialement obligés.

Et là encore, ce n'est pas moi, mais l'auteur, qui souligne les mots "prestation positive".

Voilà donc, en référant à quelques auteurs, ce que l'on entend, même en France, en vertu du Code Napoléon.

D'autre part, si l'on se réfère à Pothier (Édition Bugnet, Tome 1, p. 312), voici comment cet auteur qui, évidemment, n'écrivait pas sous le Code Napoléon, définit les principes généraux sur la nature des servitudes réelles:

1. Le droit de servitude est le droit de se servir de la chose d'autrui à quelque usage, ou d'en interdire quelque usage au propriétaire ou possesseur. La servitude, de la part de celui qui la doit, ne consiste donc à autre chose qu'à souffrir que celui à qui elle est due, se serve de la chose pour l'usage pour lequel il a droit de s'en servir, ou à s'abstenir de ce que celui à qui elle est due a droit d'empêcher qu'on y

1950
 COULOMBE
 v.
 SOCIÉTÉ
 COOPÉRATIVE
 AGRICOLE
 DE
 MONT-
 MORENCY
 Rinfret C.J.

fasse. Au reste, les droits de servitude n'obligent point le possesseur de l'héritage qui la doit, à faire quelque chose ou à donner quelque chose: en quoi ces droits diffèrent des droits de redevance foncière et des droits de corvée.

Les différentes références que je viens de faire indiquent donc ce qui, à mon humble avis, constitue les caractéristiques de la servitude réelle. De la part du fonds servant, elle doit être exclusivement passive et ne pas exiger de son propriétaire une participation active. Dès qu'elle l'exige, ce n'est plus une servitude réelle imposée comme charge sur le fonds dont il est propriétaire, c'est une obligation personnelle.

Un arrêt de notre Cour, qui nous a été citée par l'intimée, *Riverain & Bélanger v. Price Brothers Limitée* (1) est un exemple de la différence qu'il faut faire entre une obligation personnelle et une servitude réelle. Dans ce cas, par le titre constitutif, le vendeur cédait à l'acquéreur le droit de jouir à perpétuité du terrain occupé par les dalles d'un certain moulin à farine, "avec le droit de prendre l'eau nécessaire pour faire mouvoir ledit moulin...". Cette désignation du droit du propriétaire du fonds dominant souligne la distinction entre le droit actif de son propriétaire ("droit de prendre"), qui constitue une servitude en faveur du fonds dominant, et l'obligation passive du propriétaire du fonds servant qui doit simplement laisser prendre d'une part; et, d'autre part, la désignation que l'on trouve dans le testament de Madame Richard, qui ne confère pas à la fille Zoé le "droit de prendre" mais simplement "le droit de se faire fournir" ...ce qui ne confère à la fille Zoé aucun droit d'aller prendre l'eau, mais simplement la créance, en sa faveur, qui consiste à "se faire fournir" l'eau par son frère Louis.

C'est d'ailleurs ainsi que l'exposent nos auteurs canadiens. Mignault, dans son "Droit civil canadien" (Tome 3, p. 4) dit

Quant à la servitude elle peut bien conférer au propriétaire du fonds dominant le droit de faire sur le fonds servant certains actes de maître, comme, par exemple, le droit d'y passer pour l'exploitation de son fonds, ou imposer au propriétaire du fonds servant, l'obligation de n'y pas faire certains actes qui pourraient nuire au propriétaire voisin, comme, par exemple, l'obligation de ne pas hausser sa maison, afin de ne pas nuire aux vues d'une autre maison; mais, jamais elle ne consiste à faire

(1) [1932] 3 D.L.R. 730.

quelque chose. Elle n'est due, en effet, que par l'héritage sur lequel elle est établie, et ce n'est qu'indirectement qu'en souffre le propriétaire; or, si une personne peut être obligée à faire quelque chose, on conçoit qu'il n'en saurait être de même d'un héritage. La servitude ne consiste donc, en général, qu'à souffrir ou à ne pas faire. Le propriétaire auquel elle appartient doit, s'il veut en jouir et la conserver, faire à ses frais tous les travaux qui sont nécessaires à ce double effet; il ne peut rien exiger du propriétaire du fonds servant, si ce n'est qu'il s'abstienne de tous actes qui pourraient entraver l'exercice de son droit.

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

D'autre part, Langelier, dans son "Cours de droit civil" (Tome 2, p. 248), écrit dans le même sens:

Un deuxième caractère de la servitude, qui découle du premier, c'est qu'elle ne doit pas consister dans une obligation personnelle du propriétaire du fonds servant, parce qu'autrement le propriétaire du fonds servant deviendrait une espèce de serf du propriétaire du fonds dominant. Il serait obligé envers celui-ci par le fait seul qu'il serait le propriétaire du fonds servant, ce qui serait contraire à notre droit, où le servage est inconnu.

Il résulte de là que, pour qu'il puisse exister une servitude, il faut qu'il y ait un état de choses tel que la servitude puisse être exercée sans aucun travail personnel du propriétaire du fonds servant.

Il en résulte que "le droit de se faire fournir l'eau", qui implique un acte positif de la part de celui qui doit la fournir, n'est rien autre chose qu'une obligation personnelle, en d'autres termes, qu'une obligation de faire—cette obligation dont traite l'article 1065 du Code civil, qui ne donne pas au créancier un droit réel, ou une servitude réelle sur l'immeuble, et qui n'est pas susceptible de faire l'objet d'une action confessoire; mais qui donne uniquement un droit de créance contre le débiteur de l'obligation et qui le rend passible de dommages, au cas de contravention de sa part; et on en trouve l'application dans les conclusions mêmes de la présente action puisque l'intimée, après avoir demandé que la Cour reconnaisse l'existence de cette obligation personnelle, demande, qu'à défaut de son exécution par le débiteur, elle soit autorisée à la faire exécuter aux dépens de son débiteur, sans préjudice à son recours pour les dommages-intérêts dans tous les cas.

Et puis, indépendamment du sens de la clause, elle serait quand même insuffisante pour créer une servitude conformément aux exigences de l'article 545 du Code Civil. En vertu de cet article, tout titre constitutif de servitude réelle doit déterminer "l'usage et l'étendue" de la servitude. Il serait bien difficile, d'après la clause en question, de déter-

1950
 COULOMBE
 v.
 SOCIÉTÉ
 COOPÉRATIVE
 AGRICOLE
 DE
 MONT-
 MORENCY
 Rinfret C.J.

miner ici quels seraient l'usage et l'étendue de la servitude qu'on invoquerait en faveur de la fille Zoé. Il n'y est question que du pouvoir d'eau de la manufacture et de la manufacture de carton elle-même. Ce n'est qu'à cet égard que la clause stipule que des réparations devenant nécessaires, la fille Zoé devra souffrir la suspension de service qui en résultera. Il n'est nullement question dans cette clause du "pouvoir d'eau de la retenue", qui a été légué au fils Louis par la clause 4 du testament et qui, je le répète, est situé à quatre milles de distance du pouvoir d'eau de la manufacture de carton.

Quelle serait donc "l'étendue de la servitude" à laquelle prétend l'intimée? Est-ce qu'elle couvrirait non seulement les terrains attenant à la manufacture de carton et les bâtisses érigées sur ces terrains et servant à l'exploitation de la manufacture, mais également les quatre milles de rivière ou de cours d'eau qui s'étendraient depuis la manufacture de carton jusqu'au pouvoir d'eau de la retenue et le pouvoir d'eau de la retenue lui-même? Mais l'on ne trouve dans le testament aucune description légale de ce prétendu fonds servant. D'après l'article 2166 du Code Civil, un plan et un livre de renvoi officiels doivent être déposés à chaque bureau d'enregistrement indiquant distinctement tous les lots de terre compris dans la circonscription du bureau; et, en vertu de l'article 2168, après que copie des plan et livre de renvoi a été déposée ainsi, le numéro donné à chaque lot sur ce plan et dans ce livre de renvoi est la vraie description de ce lot. D'après l'article 2172, dans les deux ans qui suivent la date fixée par la proclamation du lieutenant-gouverneur, pour la mise en vigueur des dispositions du Code relatives à ce plan et à ce livre de renvoi, tout droit réel sur un lot de terre compris dans cette division doit être renouvelé par l'enregistrement d'un avis désignant l'immeuble affecté par le numéro qui lui est donné sur le plan et dans le livre de renvoi.

Ici, encore, je me reporterais à Pardessus (Traité des servitudes—Tome 1, p. 529)

Toute servitude établie par convention doit être énoncée et désignée de manière à ne laisser aucun doute sur le domaine au profit duquel elle est établie, sur celui qui en est grevé, et sur l'espèce ou au moins le

genre de service qui doit avoir lieu. L'incertitude absolue sur l'un de ces points anéantirait la stipulation, par l'impossibilité de connaître la véritable intention des parties.

Dans le testament qui nous occupe il n'y a aucune désignation officielle et légale des immeubles sur lesquels porterait la prétendue servitude.

Naturellement, je n'oublie pas que c'est là précisément une prétention de l'appelant que si, toutefois, une servitude a été créée par le testament, elle n'a jamais été enregistrée, tel que requis par la loi. Il eut fallu évidemment discuter ce point sur lequel s'appuie l'appelant si, par ailleurs, je n'étais pas venu à la conclusion qu'il n'y a pas de servitude en vertu du testament et que, par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner la question d'enregistrement pour arriver à une conclusion de l'appel.

Mais l'absence de toute désignation légale de ce que l'intimée voudrait considérer comme un fonds servant est suffisante en soi pour empêcher qu'aucune servitude ait été créée conformément aux exigences des articles 499, 545 et 549 du Code Civil. Le testament, l'unique titre constitutif qu'on invoque, ne contient pas les désignations essentielles pour créer une servitude, même si l'on pouvait trouver dans le langage employé par la testatrice un sens suffisant pour en déduire qu'elle a eu l'intention d'imposer cette servitude sur les immeubles qu'elle légua à son fils Louis.

Bien d'autres questions ont été soulevées au cours de l'argumentation de cette cause devant nous. On a prétendu, par exemple, que le barrage de la retenue lui-même n'était en soi qu'une servitude, puisque le propriétaire de la manufacture de carton n'était pas le propriétaire du fonds immobilier sur lequel le barrage a été érigé. D'où il faudrait conclure, en vertu de la loi, qu'aucune servitude ne pourrait avoir été créée sur le barrage, puisque la règle de droit est bien connue qu'il ne peut y avoir servitude sur servitude.

Ici, je le dis en tout respect, l'intimée me paraît avoir confondu la servitude avec le droit de créance. Les termes employés par la testatrice ont conféré à Zoé simplement le droit de se faire fournir l'eau par son frère et ce, seulement "à même le pouvoir d'eau de la manufacture". La fille

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rinfret C.J.

1950
 COULOMBE
 v.
 SOCIÉTÉ
 COOPÉRATIVE
 AGRICOLE
 DE
 MONT-
 MORENCY
 Rinfret C.J.

Zoé a hérité d'un droit de créance de ce genre contre son frère et ce dernier ne s'est vu imposer qu'une obligation personnelle d'acquitter cette créance.

Je ne m'arrête donc pas aux autres moyens soulevés par l'appelant; et je ne dois pas être considéré comme me prononçant sur aucun autre que ceux sur lesquels je m'appuie pour arriver à décider que l'appel doit être maintenu. Mon avis est que le texte du testament ne permet pas de conclure à la création d'une servitude réelle sur les immeubles légués par sa mère à Louis Richard et qui sont actuellement la propriété de l'appelant. En plus, je ne crois pas que, même si d'après les termes du testament l'on pourrait arriver à penser que la testatrice a voulu créer une servitude, elle l'aurait fait suivant les exigences du Code Civil, et en particulier en ce qui concerne le pouvoir d'eau de la retenue. Il en résulte que l'intimée n'a pu acquérir les droits qu'elle tente actuellement d'exercer contre l'appelant, et, suivant moi, elle doit être déboutée de son action.

L'appel devrait donc être maintenu avec les dépens dans toutes les Cours.

RAND, J.:—This appeal raises the question of an obligation to repair on the owner of land and water power, including in the latter expression, retaining works, embankments, dams, etc., for the benefit of lands downstream. Each party traces title to a common owner of all the lands and the water power. The lands consisted of parcels on both sides of a stream called the Lottinville River which flows south-easterly into the St. Lawrence, and has its source a short distance south of a similar water course called the Laval River which flows south-westerly into the Montmorency River. At a point a short distance north of the head of the Lottinville, the Laval widens into a small basin and at its westerly end where the river resumes its ordinary width there was erected over 250 years ago a dam which held the waters of the Laval and by means of a short canal, diverted them into the Lottinville. Near the mouth of the latter there were erected many years ago a flour mill on one bank and a sawmill on the other and about a quarter of a mile upstream in

1897 a cardboard factory was built. The factory and the mills each had a dam furnishing the head of water for power. The upper retaining work which with the small basin is called the "retenue" was about four miles from the flour mill, and the evidence shows that the retenue, the canal, the right to carry the water over the river-bed and the dams, became vested in the holder of the common root title about 1902.

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rand J.

In 1925 that owner died, and by her will she left the cardboard factory, the dam serving it and the entire water power up to and including the retenue to her son; and the adjoining lower lands, including the flour mill and the sawmill and a right to water power sufficient to operate them, to her daughter. The property of the son was purchased by the appellant from the trustee in bankruptcy of the son, and the respondent is the successor in title of the daughter.

The clauses of the will on which the dispute hinges are the provision to the son in these words:—

Je donne et lègue avec dispense de rapport à mon fils Louis ma manufacture de carton située à l'Ange-Gardien, avec les terrains y appartenant et les bâtisses érigées sur lesdits terrains et servant à l'exploitation de ladite manufacture; je lui donne et lègue aussi avec dispense de rapport la maison, autrefois habitée par lui avec droit de passage à pied et en voiture sur la terre voisine pour avoir issue de sa maison sur le chemin public, avec aussi le garage d'automobile, l'automobile, et les terrains attenants à ladite maison; je lui donne et lègue toujours avec dispense de rapport le wagon automobile "truck", ainsi que toutes les machineries, courroies, et autres garnitures de mon moulin des Saules, lequel dit moulin est disposé plus loin dans mon présent testament; je lui donne et lègue avec dispense de rapport le pouvoir d'eau de la retenue et ce qui sert à l'exploiter tel que chaussées, digues, ainsi que la maison appelée power house. Mondit fils aura droit de passage à pied et en voiture sur les terres léguées à d'autres légataires, pour se rendre au pouvoir d'eau de la retenue, au power house, à la mine, au chemin de fer par les chemins existants déjà et affectés à cet usage; je donne et lègue à mondit fils également avec dispense de rapport ma mine de mica, avec droit de passage à pied et en voiture, pour s'y rendre, sur les terres de quelqu'autre légataire, si cela est nécessaire; je lui donne et lègue, toujours avec dispense de rapport, tous les meubles qui se trouveront au moment de mon décès, dans la maison, la manufacture ou sur les terrains présentement légués;

and that to the daughter:—

Je donne et lègue avec dispense de rapport et à titre de propre à ma fille Zoé Richard mon moulin à scie, mon moulin à farine, mon cottage situé près du moulin au bas de la côte, la bâtisse des ouvriers, et les

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rand J.

emplacements sur lesquels ces immeubles sont situés et les terrains attenants auxdits immeubles, ainsi que leurs dépendances; je donne et lègue avec dispense de rapport et à titre de propre à madite fille Zoé ma propriété de la rue Jérôme et l'emplacement qui fait face au boulevard. Ma fille Zoé aura le droit de se faire fournir par mon fils Louis, à même le pouvoir d'eau de la manufacture, l'eau nécessaire pour faire fonctionner les moulins que je lui lègue présentement; mais si des réparations devenaient nécessaires à la manufacture de carton, ou au pouvoir d'eau lui-même et qu'il fût nécessaire de suspendre le service de l'eau, alors, madite fille Zoé devra souffrir cette suspension du service de l'eau sans prétendre aucun recours en dommages contre mondit fils Louis;

The complaint arises from the fact that the continued existence of the retaining work is essential to the maintenance of the water power, and it is now admitted that that work had become out of repair, with the result, as it has been found below, that there was an actual shortage of water power to the flour and saw mills. The factory was burned in 1944, and the interest of the appellant in the power for that purpose has so far disappeared; and the case turns on the question whether he can be called upon to keep in repair the works necessary to the water power of which he may enjoy no use.

The appellant urges two grounds on which the judgment below is said to be unsound; first, that the right to receive the water power given to the daughter was a personal right only against the son and cannot be asserted against the appellant; and secondly, that as the will was not registered in the district in which the retenue lies, it cannot be asserted against him in this proceeding. As a subordinate point, Mr. Cannon contends that the right claimed against the appellant involves active performance on his part and is, therefore, beyond the area of a real servitude.

Construing the two paragraphs of the will in the light of the conditions established for the length of time mentioned, I have no doubt, as the courts below had none, that the intention of the testatrix, sufficiently expressed by her language, was to impose upon the land given to the son the obligation to furnish sufficient water power for the mills below. She was giving to her daughter mills for operations that had been carried on for generations by water power and it would be absurd to say that she was making the gift subject to the contingency that at the

will of the son, the water power could be destroyed by neglect and the daughter left to look for some other form of power. What was bequeathed was a real servitude for the benefit of the lower lands imposed upon the lands of the appellant immediately above them to allow to pass over and from them sufficient water, furnished by the existing works, to enable the lower mills to be operated, together with the benefit of the subsidiary duty of maintaining the works necessary to the water power as had been done for two centuries: and such a servitude is clearly within Article 555. The substance of it is the right to the flow of the water and the active duty, accessory or ancillary to it: the two constituting the real right as in *Dorien v. Seminary of St. Sulpice* (1). This is so whether we treat the retaining work of the retenue as in itself a real servitude on lands of another or as being on and part of property belonging to the appellant himself. In each case the duty of maintenance lies within property rights that are ample for that purpose.

The point of registration seems to me to misconceive the position of the appellant. Claiming ownership of the retenue and the factory lands, he must necessarily trace his title through the will by which the property was divided, and he is necessarily limited to the rights which that instrument has given to his predecessors. To complain that the will has not been registered is to deny his own source of title. The object of the requirement for registration is to give a third person notice of an independent conveyance from a grantor, but that can have no application when the same instrument conveys the interests to both parties; and Article 2089 of the Civil Code in speaking of "respective titles" would seem to put the point beyond any question.

I would, therefore, dismiss the appeal with costs.

KELLOCK, J.:—By paragraph 4 of her will Dame Zoé Turgeon Richard provided in favour of her son Louis, the predecessor in title of the appellant as follows:—

Je donne et lègue avec dispense de rapport à mon fils Louis ma manufacture de carton située à l'Ange-Gardien, avec les terrains y attenants et les bâtisses érigées sur lesdits terrains et servant à l'exploitation de

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Rand J.

1950
 COULOMBE
 v.
 SOCIÉTÉ
 COOPÉRATIVE
 AGRICOLE
 DE
 MONT-
 MORENCY
 Kellock J.

ladite manufacture;... je lui donne et lègue avec dispense de rapport le pouvoir d'eau de la retenue et ce qui sert à l'exploiter tels que chaussées, digues, ainsi que la maison appelée power house. Mondit fils aura droit de passage à pied et en voiture sur les terres léguées à d'autres légataires, pour se rendre au pouvoir d'eau de la retenue, au power house, à la mine, au chemin de fer par les chemins existants déjà et affectés à cet usage;...

By paragraph 7 she gave to her daughter Zoé, the predecessor in title of the respondent:—

...mon moulin à farine, mon cottage situé près du moulin au bas de la côte, la bâtisse des ouvriers, et les emplacements sur lesquels ces immeubles sont situés et les terrains attenants auxdits immeubles, ainsi que leurs dépendances;... Ma fille Zoé aura le droit de se faire fournir par mon fils Louis, à même le pouvoir d'eau de la manufacture, l'eau nécessaire pour faire fonctionner les moulins que je lui lègue présentement; mais si des réparations devenaient nécessaires à la manufacture de carton, ou au pouvoir d'eau lui-même et qu'il fût nécessaire de suspendre le service de l'eau, alors, ma dite fille Zoé devra souffrir cette suspension du service de l'eau sans prétendre aucun recours en dommages contre mondit fils Louis;...

The cardboard factory and dam in connection therewith were on the De Lottinville or Petit Pré River, some four miles below the barrage, called La Retenue, which had been erected across the Laval River for the purpose of diverting its waters through a canal into the De Lottinville River. The flour mill given to the daughter is located a quarter of a mile or so below the cardboard factory.

The respondent alleged in the Superior Court that the effect of the will was to create, in favour of the property given to the daughter, a real servitude upon the property given to the son, with the obligation resting upon the appellant, as owner, to maintain the barrage so as to supply the necessary water to the respondent's mills. The contention of the appellant is that the will did not create a real servitude, but that if any real servitude were in fact created, it was limited to the locality of the dam at the cardboard mill and it did not extend to the retenue. Appellant lays stress upon the difference in language employed in the two paragraphs of the will quoted and contends that "le pouvoir d'eau de la manufacture" in paragraph 7 did not extend to "le pouvoir d'eau de la retenue" in paragraph 4.

The early history of the retenue is to be found in the judgment of the Superior Court in *Quebec Railway Light and Power Co. v. Tremblay*, dated May 1, 1901, affirmed

by the Court of Appeal on January 11, 1902. These judgments were filed as exhibits at the trial of this action as evidence in this case and the history therein contained is referred to by the learned trial judge in his judgment. It appears that the barrage was in existence before 1756, having been built by the Quebec Seminary for the purpose of diverting the water from the Laval into the Petit Pré to operate the flour mill here in question then owned by the Seminary. In detailing the history of the retenue and the flour mill, the judgment in question uses the following language:—

...que ladite retenue, ou chaussée avait existé de temps immémorial et avait ainsi que ledit canal, toujours été possédés par le Séminaire de Québec, et avaient toujours servis à fournir le pouvoir moteur au moulin de Petit Pré, sur la rivière de ce nom.”

In my opinion “le pouvoir d’eau de la manufacture” in paragraph 7 of the will is “le pouvoir moteur” in the judgment of 1901. If there were no dam at the cardboard mill, as was the fact for many years, the flour mill would operate and could only operate by reason of the water diverted into the De Lottinville by the retenue. The same is true of the cardboard mill. Its motive power derives also from the retenue, the only function of the dam at the mill itself being to make use of the water diverted at the retenue.

A reference to some of the title deeds in the record is also relevant. By deed of sale of the 31st of May, 1871, the Seminary sold to one, George Benson Hall, the flour mill in question “avec la retenue sur la rivière Laval et tous les droits qui pourraient s’y rattacher”, which deed was duly registered on the 14th of March, 1881. Hall’s widow, Dame Mary Hall, later became the owner, and subsequently, (as appears from an instrument of the 5th of May, 1897) sold to one Tremblay, by deed dated the 16th of November, 1877, and registered on the 17th of December of the same year, all the vendor’s rights in the Petit Pré River and all her rights and privileges in the “pouvoir qui fait mouvoir les moulins à farine et à carder.” Evidently a woollen mill had been subsequently erected in the neighbourhood of the flour mill. It is to be observed that at the date of the conveyance to Tremblay, the card-

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
—
Kellock J.
—

1950
 COULOMBE
 v.
 SOCIÉTÉ
 COOPÉRATIVE
 AGRICOLE
 DE
 MONT-
 MORENCY
 Kellock J.

board factory had not yet been built and the water power referred to in the deed was the "water power which operates the flour and woollen mills."

Therefore, as already stated, it appears clearly that the water power which operates the mill now owned by the respondent owes its existence to the diversion of the Laval River by the barrage at the retenue. This situation was well known to the testatrix, who erected the cardboard factory higher up the stream, to be operated by the same water power. Paragraph 7 itself recognizes that there is only one "pouvoir d'eau" whether it be described as "le pouvoir d'eau de la retenue" or "le pouvoir d'eau de la manufacture". In this paragraph it is provided that if repairs become necessary to the cardboard factory or to the "pouvoir d'eau lui-même", so that "le service de l'eau" is suspended, the daughter shall have no cause of complaint. It is perfectly clear that the only thing which could bring about any suspension in "le service de l'eau" to the daughter's mill would be an act done at the retenue which would have the effect of allowing the water above to follow its natural course down the Laval instead of being diverted into the De Lottinville, or by some diversion of the water at some point *above* the dam at the cardboard mill. No act done at the cardboard mill dam itself could have any such effect. Of this the testatrix was fully aware. Whether the water-power is referred to as "le pouvoir d'eau de la retenue" or "le pouvoir d'eau de la manufacture" the "pouvoir d'eau lui-même" is one and the same and any qualifying words are superfluous. This the testatrix recognizes when she drops the qualifying words and speaks only of "le pouvoir d'eau lui-même". I think, therefore, that the appellant's argument, founded purely upon the use of a different description in paragraph 4 of the will, from that in paragraph 7, is without significance.

Coming to the appellant's contention that no real servitude was created by paragraph 7 of the will, it is to be noted that this appeal was argued on the basis that the lands on both sides of the river which are in any way relevant to the question under consideration, (with the exception of that on which the barrage at the retenue

itself was actually erected) were owned by the testatrix at the time of her death and that, accordingly, the bed of the river also belonged to her; *Maclaren v. Atty-Gen.* (1).

Art. 499 of the Civil Code provides that a real servitude is a charge imposed on one real estate for the benefit of another belonging to a different proprietor. It arises either from the natural position of the property, or from the law or it is established by the act of man; Art. 500.

Of servitudes which arise from the situation of property, that to which lands on a lower level is subject toward higher lands, is to receive such waters as flow from the latter "naturally and without the agency of man"; Art. 501. As far as this article is concerned therefore, there was no obligation on the lands given to the daughter, to receive the additional flow created by the diversion of the Laval River by the barrage at the retenue, nor was there any obligation on the part of the son or attaching to the lands devised to him to permit that flow to pass to the daughter's mill. It was to the securing of the benefit of that flow to the property of the daughter that paragraph 7 of the will was directed. Did this paragraph create a real servitude or merely a personal obligation? The daughter is to have the right to "have furnished" to her by Louis the water necessary for the operation of her mill. What does this entail? Would there be any difference if, instead, the will had said that the daughter should have the right "to take" the necessary water?

In my opinion there would be none. In either case the means by which the necessary water will continue to reach the daughter's lands are by the son being prohibited from doing any act on his lands to prevent that result and by the retenue itself being kept in repair. Both obligations would be involved which ever way the will were expressed and as there is no question but that a real servitude would be created if the expression had taken the second of the two forms mentioned above (*Riverin v. Price* (2)), I see no reason for holding that the former is not, in the circumstances, equally effective to the same end.

It is plain I think from the fact that the son is given a right of way over the lands intervening between his mill

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Kellock J.

(1) [1932] 3 D.L.R. 730.

(2) [1914] A.C. 258.

1950
 COULOMBE
 v.
 SOCIÉTÉ
 COOPÉRATIVE
 AGRICOLE
 DE
 MONT-
 MORENCY
 Kellock J.

and the retenue and the further fact that the daughter is to have no complaint in respect of any interruption in the water supply arising out of the necessity of making repairs to the son's mill or the "pouvoir d'eau lui-même", that the obligation to maintain the latter is cast by the terms of the will upon the son. In other words, there is a contrary intention shown by the title within the meaning of Art. 554.

In *Dorion v. Le Séminaire de St-Sulpice* (1), Sir Montague Smith said with respect to the last mentioned article:

The obligation to repair a road imposed on one estate for the benefit of the owners of another would prima facie, seem to be a charge within the terms of this article.

There can be no more objection to regarding the obligation to repair a dam for the benefit of another estate as a servitude than to so regard the repair of a road. In the judgment just mentioned, reference is made to the old French law by which a servitude was understood to be such that the owner of the servient tenement was only to suffer, and not to do any act. It is pointed out in the judgment however, that writers on the French Code, (which contains a definition and enumeration of servitudes similar to those found in the Civil Code) admit that this principle has been invaded, although these writers qualify the admission by affirming that only such active servitudes as are ancillary to servitudes in their strict meaning are contemplated by the Code. The judgment makes reference also to Articles 553 and 554 and continues:—

Therefore, the Code contemplates that, in the creation of a servitude, the parties may by contract impose the active maintenance of it upon the servient tenement.

As was decided in that case, I think the obligation to repair in this case is part and parcel of the entire servitude imposed upon the properties devised to the son, the servitude being to allow the use of the bed of the river to permit the waters diverted into the De Lottinville by the barrage to flow to the daughter's mills, and to keep the barrage itself in repair. I refer also to *Montpetit-Taillefer*, Vol. 3, pp. 474-5; *Planiol Rippert*, Vol. 3, pp. 873-4.

The appellant raises another point. It appears that the Seminary, and consequently its successors in title, did not own the land upon which the retenue was erected but built

the retenue upon the land of others, with the consent of the owners. The appellant, accordingly, says that he and his predecessors in title have, and had, only a servitude so far as the retenue was concerned and the respondent cannot succeed in its claim as you cannot have a servitude upon a servitude. I think, however, that no such question arises. The appellant owns the barrage, although his right to maintain the structure upon the land is in the nature of a "droit de superficie", which is, in itself, a real right; *Tremblay v. Guay* (1). The servitude created by paragraph 7 of the will here in question in favour of the flour mill premises is a servitude upon the retenue itself which is owned by the appellant. The fact that that structure in turn remains in situ by reason of a servitude upon the lands upon which it is erected has no bearing insofar as the entirely distinct and separate servitude in which the retenue itself is subject is concerned.

Appellant further contends that, while the will was registered upon the lands in connection with the cardboard mill, it was not registered with respect to the lands upon which the barrage itself is erected and therefore the appellant is met by the provisions of Article 2116 (b) and is not entitled to assert the existence of any real servitude so far as the barrage itself is concerned. Appellant also relies upon the provisions of Article 2085.

Respondent answers this contention by the submission that the appellant alleges that he is the owner of the barrage, having acquired his title from the trustee in bankruptcy of the son of the testatrix. Respondent says that this being so, it must be taken that the will under which the appellant makes title has been registered not only upon the lands where the barrage stands, as otherwise the registration of the transfer from the trustee to the appellant is, by the express language of Article 2098, without effect. In my opinion the submission on behalf of the respondent is well taken and should be given effect in the circumstances.

Appellant no longer contends that the barrage was not out of repair at the time of action brought, but he contends that the shortage of water of which the respondent com-

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
Kelloch J.

(1) [1929] S.C.R. 29.

1950
 COULOMBE
 v.
 SOCIÉTÉ
 COOPÉRATIVE
 AGRICOLE
 DE
 MONT-
 MORENCY
 Kellock J.

plained was not due to this lack of repair but to drought. Appellant points to a recital in an instrument of the 14th of November, 1870, which states that the barrage had the object of diverting into the canal "part" of the waters of the Laval River and he contends that the existence in the Laval River in the month of August, 1946, of approximately one-quarter of the flow of the Petit Pré River is consistent with this declaration. However, the judgment in the *Quebec Railway* case, to which I have already made reference, says that except in periods of flood the Laval River was totally and entirely diverted by the barrage into the canal leading into the Petit Pré and I think this finding, treated as evidence by the parties in this case, is entitled to more weight than the recital in the instrument referred to, which is not shown to have been executed with particular reference to this fact.

I would dismiss the appeal with costs.

ESTREY, J.:—The respondent "Société" owns and operates a saw and flour mill on the Lottinville River. In this action it claims a servitude under which from the land of the appellant it has a right to a flow of water sufficient to operate its saw and flour mills and because of and as part thereof the appellant must maintain in good repair "le pouvoir d'eau de la retenue" which directs water into the Lottinville River.

Both parties claim under the will of Dame Zoé Turgeon Richard dated January 5, 1925, who by that instrument gave the property now owned by the appellant to her son Louis Richard, and that now owned by the respondent to her daughter, Zoé Richard.

The benefits under the will to the respective parties are set out in paras. 4 and 7 of the will, the material parts of which are:—

4. Je donne et lègue avec dispense de rapport à mon fils Louis ma manufacture de carton située à l'Ange-Gardien, avec les terrains y attenant et les bâtisses érigées sur lesdits terrains et servant à l'exploitation de ladite manufacture... je lui donne et lègue avec dispense de rapport le pouvoir d'eau de la retenue et ce qui sert à l'exploiter tel que chaussées, digues, ainsi que la maison appelée power house. Mondit fils aura droit de passage à pied et en voiture sur les terres léguées à d'autres légataires, pour se rendre au pouvoir d'eau de la retenue, au power house, à la mine, au chemin de fer par les chemins existants déjà et affectés à

cet usage; je donne et lègue à mondit fils également avec dispense de rapport ma mine de mica, avec droit de passage à pied et en voiture, pour s'y rendre, sur les terres de quelqu'autre légataire, si cela est nécessaire...

7. Je donne et lègue avec dispense de rapport et à titre de propre à ma fille Zoé Richard mon moulin à scie, mon moulin à farine, mon cottage situé près du moulin au bas de la côte, la bâtisse des ouvriers, et les emplacements sur lesquels ces immeubles sont situés et les terrains attenants auxdits immeubles, ainsi que leurs dépendances; ...Ma fille Zoé aura le droit de se faire fournir par mon fils Louis, à même le pouvoir d'eau de la manufacture, l'eau nécessaire pour faire fonctionner les moulins que je lui lègue présentement; mais si des réparations devenaient nécessaires à la manufacture de carton, ou au pouvoir d'eau lui-même et qu'il fût nécessaire de suspendre le service de l'eau, alors, madite fille Zoé devra souffrir cette suspension du service de l'eau sans prétendre aucun recours en dommages contre mondit fils Louis.

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
—
Estey J.

The appellant contends that under the foregoing para. 7 the testatrix created only a personal obligation on her son Louis Richard to supply the water necessary to operate the saw and flour mills. Respondent, on the other hand, contends that in this para. 7 the testatrix created a real servitude which insures the necessary water to operate its saw and flour mills and requires the appellant to maintain and keep in repair the dam at the "retenue". It is therefore essential to ascertain the intention of the testatrix as she has expressed herself in the language of her will. *Renaud v. Lamothe* (1); (1902) 32 S.C.R. 357; *In re Brown* (2); (1936) A.C. 635; *Métivier v. Parent* (3); (1933) S.C.R. 495; *Larose v. Valiquette* (4); (1943) 3 D.L.R. 716.

In construing the language used by the testatrix one should endeavour to appreciate the position of the testatrix as she executes that will. As stated by Lord Cairns:—

In construing the will of the testator,... it is necessary that we should put ourselves, as far as we can, in the position of the testator, and interpret his expressions as to persons and things with reference to that degree of knowledge of those persons and things which, so far as we can discover, the testator possessed. *Bathurst v. Errington*, (1877) 2 A.C. 698, at p. 706.

The history of the property and the position of the testatrix in this case may be briefly summarized: Over 200 years ago all of the property here in question was owned by "Le Séminaire de Québec". The saw and flour mills were then constructed and because the flow of water in

(1) [1902] 32 S.C.R. 357.

(2) [1936] A.C. 635.

(3) [1933] S.C.R. 495.

(4) [1943] 3 D.L.R. 716.

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
—
Estey J.

the Lottinville River was inadequate a dam at the "retenue" was constructed about four miles up stream from these mills which directed the water from the Laval into the Lottinville River and thereby insured sufficient supply to operate the mills. The dam and these mills have been in existence since that time.

In 1897 the dam and the saw and flour mills were owned by Richard Tremblay. In that year the testatrix Dame Zoé Turgeon Richard constructed a cardboard factory on the Lottinville River between the dam and the saw and flour mills and entered into an agreement with Richard Tremblay which permitted her to use the water from the dam and to enjoy all privileges and servitudes in common with him.

Then under date of June 17, 1902, Richard Tremblay sold the area, including the dam, the saw and flour mills, to Dame Zoé Richard. She thereby became the owner of the entire property here in question and any servitude which existed upon any part for the benefit of any other part thereof was extinguished by virtue of Art. 561 C.C.

That in brief indicates the history and the position of the property when the testatrix Dame Zoé Turgeon Richard executed her will on January 5, 1925, and that position remained without change until her death on January 17, 1925.

After her death Louis operated the cardboard factory and maintained in repair the dam at the "retenue" providing thereby sufficient water for the three mills. When he made an assignment in bankruptcy his trustee sold the mill to the appellant in 1937. The appellant continued to maintain in good repair the dam at the "retenue" until in 1944 the cardboard factory was destroyed by fire and was never re-built. Thereafter the appellant having no use for the water failed to maintain in good repair the dam at the "retenue", with the result that there was not sufficient water in the Lottinville River to operate the saw and flour mills of the respondent. It therefore brought this action.

The testatrix in the foregoing paras. 4 and 7 gives to her son a mill and the dam, and to her daughter two mills, in their own right and indicates a clear intention that these

mills should continue to be, as they had always been, operated by water. This general intention is important in the construction of the particular sentences upon which the parties base their respective contentions. In this regard the language of Baron Parke in *Quicke v. Leach* (1) is pertinent, where after pointing out that Courts ought not to give to words in a will a strained interpretation in order to attain the end which they suppose the testator contemplated, continued at p. 228:—

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
—
Estey J.
—

At the same time, the circumstance that the language, if strictly construed, will lead to a consequence inconsistent with the presumable intention, is not to be left out of view, especially if other considerations lead to the same result.

Rinfret, J., (now Chief Justice), speaking for the Court in *In re Hammond* (2), at p. 409:—

But while, for wills as well as for other documents, there are no doubt recognized canons of construction, the cardinal principle—to which any rule is always subservient—is that effect shall be given to the testator's intention ascertainable from the actual language of the will. Indeed the rule itself relied on by the learned Judge as stated in Sir Edward Vaughan Williams' treatise, contains the qualifying words: 'unless, from particular circumstances, a contrary intention is to be collected.'

The testatrix died in 1925 and the parties, as already intimated, carried on until 1944, as the respondent contends, in accord with the terms of the will. That, however, does not necessarily follow, as throughout that time first Louis' and then appellant's conduct was consistent with the position appellant now takes that he was maintaining the dam and keeping it in repair because he needed the water for the operation of the cardboard factory and was not, therefore, maintaining the dam as a consequence of any provision in the will.

In the construction of this will not only must one, as stated by Lord Cairns, place oneself in the position of the testatrix, but in addition thereto where a question of a servitude is raised the language of Pardessus, Vol. 1, p. 547, is important:—

Peut-être cependant s'il s'agissoit d'une servitude accordée par un acte testamentaire, ne faudroit-il pas suivre cette règle à la rigueur, parce que la volonté de celui qui donne, doit être entendue dans un sens avantageux au légataire, qui n'a pu être à portée de rendre la loi claire et précise.

(1) (1844) 13 M. & M. 218.

(2) [1844] 13 M. & M. 218.

1950
 COULOMBE
 v.
 SOCIÉTÉ
 COOPÉRATIVE
 AGRICOLE
 DE
 MONT-
 MORENCY
 —
 Estey J.

The history of these mills makes it perfectly clear that without the dam at the "retenue" they could not be operated with water power. The disposition of these mills, in the light of that history, and the fact that the testatrix created in favour of the cardboard factory a servitude which made the dam at the "retenue" accessible for maintenance and repair, indicate a clear intention on the part of the testatrix that she was not only fully aware of the need of the dam at the "retenue" but that she intended that these mills should continue to be operated by that water power. If it be suggested that all this was done merely for the son and that the daughter should only enjoy these privileges so long as Louis remained owner of the dam at the "retenue" and the cardboard factory, then one is faced with the conclusion that she intended in respect of these mills to treat the son more generously than she did the daughter, which is an interpretation that, apart from express language or clear implication, ought not to be assumed. In this regard the language of Lamont, J. is pertinent:—

It is, in my opinion, not sufficient answer for the court to say: 'We do not know what the testator meant by 'advances heretofore made by me to my children' but as the construction given to it in the court below works an inequality as between the children, the testator could not have meant that'. *Hauck v. Schmaltz* (1).

The appellant particularly relies upon the sentence "Ma fille Zoé aura le droit de se faire fournir par mon fils Louis, à même le pouvoir d'eau de la manufacture, l'eau nécessaire pour faire fonctionner les moulins que je lui lègue présentement". This sentence when read and construed in relation to the history, the position of the respective properties at the time the mill was executed and in relation to the other portions of para. 7 does not bear out the appellant's contention.

Throughout these paras. 4 and 7 the testatrix discloses an intention that all three mills shall be operated by water and for that purpose the flow as it had been maintained for over 200 years should be so continued. Her intention as expressed creates for the benefit of the saw and flour mills a right to the flow of that water over the land of Louis. That such may be a servitude within the meaning

(1) [1935] S.C.R. 478 at 484.

of the Civil Code is the effect of *Riverin & Bélanger v. Price Bros. Ltd.* (1), where at p. 732 Rinfret, J. (now Chief Justice) stated:—

As regards 'the right to take the water necessary to run the said grist-mill' it is a servitude established in favour of the mill.

The existence of this flow of water is dependent upon the continued existence in good repair of the dam at the "retenue" and the passage of it through the Lottinville River to the respective mills. The responsibility for the maintenance of this flow of water as far as the cardboard factory the testatrix placed upon her son Louis and required that he was to make the flow of water available from or out of the water at the cardboard factory for the saw and flour mills.

The provisions permitting repairs at the cardboard factory and dam thereat by Louis without incurring liability for damage should he reduce the flow to the saw and flour mills but add to the ambiguity of para. 7. The "pouvoir d'eau de la manufacture" might be entirely out of repair even destroyed and neither that nor the repair thereof would result in a diminution of the flow. On the other hand, if the dam at the "retenue" should need repair the flow might well be diminished and that diminution might well continue during the course of the repairs, and upon a strict construction of the language used Louis might be held to have no protection with respect to damage that might result from his effecting repairs at the dam at the "retenue". If that is the expressed intention of the testatrix that result must be accepted. However, what is pertinent to the present discussion is that while the testatrix in her will recognizes two reservoirs, one at the "retenue" and one at the cardboard factory, she throughout recognizes that there is but one effective reservoir upon which the flow is dependent, and that one at the "retenue".

The position here is similar to that which obtained in *Dorion v. Les Ecclésiastiques du Séminaire de St-Sulpice de Montréal* (2), where Sir Montague E. Smith, speaking on behalf of the Privy Council stated at p. 369 "that the obligation to make and repair the road formed part of an

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
—
Estey J.
—

(1) [1932] 3 D.L.R. 730.

(2) (1880) 5 A.C. 362.

1950
COULOMBE
v.
SOCIÉTÉ
COOPÉRATIVE
AGRICOLE
DE
MONT-
MORENCY
—
Estey J.
—

entire servitude”. So in this case the testatrix, as already stated, provided for the maintenance of the flow of water over the land of her son Louis for the benefit of the saw and flour mills and placed upon her son the obligation to maintain that flow of water.

I am in agreement with the reasons given by my brother Kellock that the other contentions of the appellant to the effect that a servitude cannot be maintained upon a servitude and with respect to registration cannot be maintained under the circumstances of this case.

The appeal should be dismissed.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: *Taschereau, Cannon & Frémont.*

Solicitors for the respondent: *Lapointe, des Rivières & Bérubé.*
