

ALBERT TOUCHETTE (DEFENDANT) APPELLANT;

1937

* Oct. 22, 25.

AND

1938

* March 25.

THEODORO PIZZAGALLI (PLAINTIFF) RESPONDENT.

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

Sale—Automobile—Defect in the construction of the car—Latent defect—Rain leaking through side windows—Warranty—Car to be free from defects in material and workmanship—Limited to making good any defective part—Repairs unsatisfactory to buyer—Action for annulment of contract and reimbursement of purchase price—Redhibitory action—Restitutio in integrum—Car used before institution of action—Articles 1066, 1087, 1088, 1506, 1507, 1522, 1526, 1527, 1530 C.C.

The respondent purchased an automobile from the appellant, which was delivered on the 30th of May, 1934. In the early part of June, the respondent noticed while driving that the small side windows in the back of the car permitted rain to leak through into the car. The respondent advised at once the appellant of that defect and the latter undertook to put the car into good order immediately. From June to October, 1934, frequent interviews occurred and correspondence was exchanged between the parties, in consequence of which the car was, on several occasions, handed over to the appellant who attempted to remedy the condition by sealing those windows with a rubber compound, but with no satisfactory result. On the 10th of October, 1934, the respondent tendered the car back to the appellant and on the 15th of October brought the present action asking for the annulment of the contract and for the reimbursement of the purchase price. The contract between the appellant and the respondent contained the following clause: "the motor vehicle * * * is purchased * * * subject to the clause of the manufacturer's warranty endorsed in this contract * * * and this is the sole warranty, expressed or implied * * *"; and the manufacturer's guarantee was in these words: "The manufacturer warrants each new motor vehicle manufactured by it, to be free from defects in material and workmanship under normal use and service, its obligation under the warranty being limited to making good * * * any part or parts thereof * * * which have been defective; this warranty being expressly in lieu of all other warranties expressed or implied and of all other obligations or liabilities on its part * * *"

Held, Davis J. dissenting, that the respondent's action, asking for the annulment of the contract and the reimbursement of the purchase price, was well founded.

* PRESENT:—Duff C.J. and Cannon, Davis, Kerwin and Hudson JJ.

1938
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI.
—

Per The Chief Justice.—In view of the special circumstances and facts of this case, and especially of the correspondence (recited in the judgment) exchanged between the parties, the defendant's appeal to this Court should be dismissed.—As to the appellant's claim made in his plea for compensation in respect of deterioration or in respect of the use of the automobile for a certain period, such claim should not be allowed in view of the above circumstances, and more particularly of those contained in the *considérant* (recited in the judgment) forming part of the decision of the appellate court, which disallowed such claim.

Per Cannon and Kerwin JJ.—The respondent was entitled to claim the cancellation of the sale and the reimbursement of the purchase price, as the appellant had failed to perform his own obligation to repair the defect found in the car sold. In a bilateral contract, each party must fulfill his own obligation in order to be able to demand the integral execution of the contract by the other party (art. 1065 C.C.).

Per Cannon and Kerwin JJ.—The appellant must be presumed to have known the latent defect of the thing sold and is therefore guilty of fault from the date of the delivery of the car. It is during the time that the appellant has tried to put the car in good order that it has been used by the respondent and the appellant must suffer any loss that may have resulted from such use.

Per Davis J. dissenting.—The special warranty as stipulated in the contract was valid by force of article 1507 C.C. and it excludes the application of article 1526 C.C. which gives the buyer the option of returning the thing and recovering the price of it.—Moreover, upon the facts in this case, the respondent was not entitled to cancellation or rescission of the contract, not only because the defect in the two small rear windows is not in itself sufficient to invalidate the entire contract, but because the parties cannot now be put back into the same position in which they were before the contract was entered into. *Restitutio in integrum* can only be had where the party seeking it is able to put those against whom it is asked in the same situation in which they stood before the contract was entered into. The new motor car had been used by the purchaser (respondent) from June to September inclusive and had travelled over 7,300 miles. It was not in October the same car that had been delivered. But the appellant, in view of the concurrent findings of fact by the trial and appellate courts as to the defect complained of by the respondent, became liable to the respondent for damages, as there was a breach of the warranty to make good the defective parts of the car; and the respondent's right to make any claim for such damages should be reserved.

APPEAL from the judgment of the Court of King's Bench, appeal side, province of Quebec, reversing the judg-

ment of the Superior Court, MacKinnon J. and maintaining the respondent's action asking for the annulment of a contract of sale of a motor car and for the reimbursement of its purchase price.

1938
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI.
Duff C.J.

The material facts of the case and the questions at issue are stated in the above head-note and in the judgments now reported.

Geo. A. Campbell K.C. and *G. C. P. Couture K.C.* for the appellant.

Chs. Laurendeau K.C. and *André Demers* for the respondent.

THE CHIEF JUSTICE.—The facts, in so far as they are pertinent to the issues before the Quebec courts, are hardly, if at all, in dispute. The respondent purchased an automobile from the appellant which was delivered on the 30th of May, 1934. The car was found to have a serious defect. In the early part of June the respondent noticed while driving in the rain that water was penetrating through the rear window. At first he thought that the leak was due to the fact that he had failed to close the window properly but shortly afterwards he found this was not the case and that the invasion of rain water was such as to make it impossible to use the rear seat.

About the 18th of June, he advised the appellant who expressed his surprise and assured him the car would be put into good order immediately. Accordingly, the respondent handed the car over to the appellant and work of a temporary nature was done to stop the leak. This work consisted of applying what the appellant calls a sealing compound and the car was then returned to the respondent.

On the 25th of June the respondent addressed this letter to the appellant:

Veuillez prendre avis que le char ci-dessus que j'ai retourné à votre établissement la semaine dernière à cause du fait que la pluie s'introduisait à l'intérieur par les vitres arrière des côtés n'a pas été efficacement réparé.

Je vous donne donc avis de voir à mettre ce char en parfait ordre. Si je ne puis obtenir satisfaction, je devrai retourner ce char à votre maison et obtenir remboursement.

Veuillez également être avisé que le siège arrière et les côtés ont été mouillés par la pluie qui s'est infiltrée par les vitres ci-haut mentionnées et que je vous tiens responsable de la rouille aux ressorts et autres inconvénients qui peuvent en résulter.

1938
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI.
Duff C.J.

On the 26th of June the appellant replied:

En réponse à votre lettre du 25 courant, en rapport des déféctuosités sur votre char, nous avons communiqué avec Just Motors qui nous a répondu que l'ouvrage a été fait temporairement en attendant d'avoir le matériel nécessaire pour faire l'ouvrage tel qu'il doit être fait. Nous avons pris appointment pour que votre char soit réparé jeudi le 28 courant. Nous vous demandons de bien vouloir le conduire à Just Motors no. 3421 Park Avenue aussi à bonne heure que possible.

Nous sommes convaincus à l'avance qu'ils feront ces réparations à votre entière satisfaction.

On the 28th of June the sealing compound was again applied and on the 11th of July the respondent addressed this letter to the appellant:

Suivant vos instructions écrites du 26 juin courant, j'ai conduit le char ci-dessus à la Cie Just Motors le 28 et il ne m'a été remis que dimanche le 1er juillet.

Quoique votre lettre mentionnait qu'en rapport avec les déféctuosités énoncées dans ma communication du 25 juin, que l'ouvrage de réparation fait temporairement auparavant, serait complété à mon entière satisfaction cette fois; je dois vous dire que tel n'est pas le cas et que la réparation faite aux fenêtres des arrière côtés est absolument inacceptable.

Quant au siège d'en arrière, les ressorts sont rouillés par l'eau qui s'est introduite par les fenêtres mentionnées plus haut et je réclame que ce siège soit remplacé immédiatement.

Il est probable que les ressorts du dos et des côtés de ce siège sont également rouillés, et je demande aussi satisfaction pour ces items.

Je vous donne avis de mettre ce char en parfait ordre dans le plus court délai possible, sans quoi je devrai référer cette affaire à mes aviseurs légaux.

On the 8th of August, as the car was still leaking, the respondent again delivered it to the appellant and the two rear windows and the cushions in the rear seat were replaced. On the 13th of August further repairs were made. These having proved inefficacious, the respondent, on the 29th of August, again wrote to the appellant, by his solicitors, in these words:

Nous sommes autorisés par notre client M. Théodoro Pizzagalli, qui a acheté de vous, le 1er mars 1933, un automobile Imperial Air Flow Chrysler, huit cylindres, pour lequel il a payé \$2,595, d'avoir à vous aviser qu'il n'a pas du tout satisfaction de cet automobile parce qu'à chaque orage l'eau pénètre et aussi parce que le système de freins ne fonctionne pas bien.

Comme vous le savez, cet automobile vous a été remis à deux ou trois reprises afin de réparer ces déféctuosités et, malgré cela, aucun bon résultat n'a été obtenu. Pour ces raisons nous sommes autorisés à vous demander immédiatement le remboursement de la dite somme de \$2,595 ou la remise à notre client d'un nouvel automobile en bon état.

Prenez avis que si cette somme n'est pas remboursée à notre client ou si un nouvel automobile en parfait ordre ne lui est pas remis d'ici à quatre jours, des procédures judiciaires seront prises contre vous, sans aucun autre avis.

In the middle of September, one Drennan, inspector for the Chrysler Corporation of Canada, saw the car and requested the respondent to leave it once more with the appellant for repair. At first, the respondent refused, but some days later he did as requested and again about the 19th or 20th of September, two new sets of rear windows were installed. Still the leakage continued and still again one of the windows was replaced. The respondent himself says that, on the occasion of the first rain after this, the leakage proved to be more copious than before.

Again, on the 2nd of October there were further repairs, which consisted in putting a string around the pivot and applying once more the sealing compound. On that day, the car having been returned to him, the respondent on discovering after examination the nature of the repairs, refused to accept it; and finally, on the 4th of October, the respondent wrote to the appellant requesting repayment of the purchase price, and on the 10th of October went to the appellant's place of business, tendered the car and again requested payment. On the 15th of October the action was instituted.

The learned trial judge finds that the defect of which the respondent complained was a latent defect (within the meaning of Art. 1522 C.C. *et seq.*) and rendered the car unfit for the use for which, as the appellant knew, it was intended; and in this finding the Court of King's Bench concurs. The contract between the appellant and the respondent contains this clause:

Il est convenu que l'automobile sus-décrite est achetée par moi comme sujette aux prévisions de la garantie du fabricant qui est imprimée au verso de ce contrat et qui fait partie de cette commande, et que c'est la seule garantie explicite ou implicite en rapport avec la dite automobile.

The manufacturer's guarantee to which reference is here made, in so far as material, is in these words:

Ceci est à l'effet de certifier que * * *
garantissons chacune de nos machines de plaisir ou de commerce contre tout défaut de matériel ou de main-d'œuvre, apparaissant sous les conditions d'un usage normal dans lesdites machines.

Notre responsabilité en vertu de la présente garantie se bornant à remplacer de chaque machine à notre manufacture, toute pièce qui, nous étant envoyée franc de port, dans la période de 90 jours après livraison au premier acquéreur, aura, après examen par nous, été jugée défectueuse. Cette garantie devant tenir lieu de toute autre garantie expresse ou tacite, de toute autre obligation et responsabilité, et nous n'assumons et n'auto-
risons personne à assumer pour nous aucune responsabilité découlant de la vente de nos machines.

* * *

1938
PIZZAGALLI,
v.
TOUCHETTE
—
Duff C.J.
—

1938
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI,
de ces effets.

Duff C.J.
—

Nous ne garantissons pas les pneus, jantes, l'allumage, cornes ou autres signaux, le démarreur automatique, le générateur, les batteries ou autres accessoires ordinairement garantis par les manufacturiers respectifs de ces effets.

The learned trial judge took the view that the respondent's remedies for a latent defect are limited to that defined by the express terms of this guarantee and that, consequently, his sole right in the circumstances is to have repairs effected as therein agreed. The Court of King's Bench has rejected this view and held that he is entitled to annul the contract on the grounds, *inter alia*, stated in the following *considérant*:

Considérant que de fait le demandeur-appelant est fondé à prétendre que le défendeur-intimé n'a pas remédié aux défauts de l'automobile achetée, puisqu'après des tentatives répétées, ce dernier ne lui offrait encore comme réparation que l'emploi qu'il avait déjà fait d'un mastic ou "sealing compound" lequel, au début, avait été considéré réparation purement provisoire par le défendeur-intimé lui-même, et qui d'ailleurs n'était ni satisfaisant ni acceptable, ces prétendues réparations comportant, en outre et sous ce mastic, une petite corde enroulée au pivot des fenêtres et qui ne devait tenir là que six, huit ou tout au plus douze mois, d'après un témoin du défendeur-intimé.

By article 1507 C.C.:

Legal warranty is implied by law in the contract of sale, without stipulation. Nevertheless the parties may, by special agreement, add to the obligations of legal warranty, or diminish its effects, or exclude it altogether.

The special warranty with which we are concerned on this appeal belongs to a class of stipulation commonly found in agreements between sellers and purchasers of automobiles. The validity of such stipulations has been considered by the tribunals in France and, speaking generally, the conclusion has there been reached that they are valid in virtue of the article of the Code Napoléon which corresponds to article 1507 C.C.; subject to this reservation, that they do not operate to exonerate the seller or the constructor from the consequences of his "dol" or his "faute lourde" (Gaz. Trib. 1929, pp. 219, 220; Lalou, La Responsabilité, no. 209).

Generally speaking, where the "vice" of construction is to be attributed to "faute professionnelle," there is "faute lourde" within the meaning of this rule. It is material to observe the terms of article 1527 C.C. They are as follows:

If the seller knew the defect of the thing, he is obliged not only to restore the price of it, but to pay all damages suffered by the buyer. He

is obliged in like manner in all cases, in which he is legally presumed to know the defects.

The Civil Code of Quebec contains no provision defining the conditions under which the presumption referred to in the second sentence is constituted. The subject is discussed in 7 Mignault, at pp. 111, 112, 113. It is now settled that the seller is responsible in respect of all damages sustained by the purchaser by reason of latent defect where the seller is either a manufacturer or a person who deals in, as merchant, articles of the same kind as that which was the subject of the sale. Unless he can establish that the defect was such that it could not have been discovered by the most competent and diligent person in his position, his ignorance is no excuse, because it is conclusively presumed (in the absence of such proof) to be the result of negligence or of incompetence in the calling which he publicly practises and in respect of which he thereby professes himself to be competent. The principle is *spondet peritiam artis*.

The general principle is stated by Pothier and has been often applied by the French tribunals. For example, Sirey 1925, 1, 198. It should be observed, however, that the recourse of the purchaser in respect of damages under article 1527 C.C. is not subject to the restrictions which govern the French tribunals. The Code Napoléon contains no express provision corresponding to that embodied in the second paragraph of article 1527 C.C.

The Quebec judges have unanimously agreed that there was here latent defect within the meaning of the articles of the Code: therefore, it would appear that, applying the principles accepted in France by *la jurisprudence*, this special stipulation would afford no protection to the appellant.

But this conclusion may be based upon another ground. Manifestly this stipulation ought not to be read as contemplating such conduct as that described in the *considérant* quoted above. In other words, the appellant ought not to be permitted, under cover of the stipulation, to repudiate all responsibility in warranty, even the obligation to perform the stipulation itself: and I agree with the judges of the Court of King's Bench that by reason of this repudiation the respondent is entitled, by force of article 1065 C.C., to be relieved of his agreement to sub-

1938

TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI.
Duff C.J.

1938
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI.
Duff C.J.

stitute the obligations under this stipulation for the legal warranty which, in the absence of such an agreement, would bind the appellant. It follows that the respondent is entitled to invoke the provisions of articles 1522-1529 C.C. in which the reciprocal rights of seller and purchaser are stated in respect of warranty against latent defects.

In the courts below, the appellant contended that the condition of the automobile did not constitute a latent defect within the meaning of these articles, a point upon which sufficient has been said. He also contended that the action was not brought with reasonable diligence as required by article 1530 C.C. As to that, here again I agree with the unanimous opinion of the Quebec judges that, in the circumstances outlined above and summed up in the *considérant* quoted, the appellant had no ground for complaint.

There remains a question raised for the first time in this court. The respondent, it is argued, having used the automobile for several months during which it travelled some thousands of miles, was, when he commenced the proceedings, incapable of fulfilling the essential condition of the redhibitory action (*viz.*, that he should be in a position to return the thing purchased), because of the deterioration in the vehicle consequent upon its use by reason of which its commercial character had been fundamentally altered.

There is, I think, no authority for the proposition that it is any answer to the redhibitory action under these articles to say that the thing sold has been used by the purchaser in the normal manner in which it was intended to be used and that, in consequence of such usage, it has suffered such deterioration as would normally be the result thereof. The better opinion appears to be that "*la rédhibition*" is not "*une résolution rétroactive*" (10 Planiol & Ripert, pp. 139 and 141).

La rédhibition n'anéantit pas la vente de plein droit; elle a seulement pour effet d'imposer certaines obligations au vendeur et à l'acheteur; elle doit être sans effet à l'égard des tiers (10 Planiol & Ripert, p. 138).

The essential obligation of the purchaser is the restoration of the thing with its legal status unimpaired. He must consequently procure the extinguishment of any *droits réels* to which he may have consented since the purchase; and if he has parted with the custody of it by hire or lease, he must procure the release of such rights of detention.

If the thing has perished as the result of the latent defect, the obligation becomes inoperative, the right to recover the price and damages subsists; if it perishes from some other cause, *cas fortuit* or the fault of the purchaser himself, he is entitled (article 1526 C.C.) to recover the price and damages subject to a deduction determined by the value of the thing *at the date of the loss*.

The purchaser is obliged to account for the fruits but, generally speaking, not for the deterioration of the thing between the sale and resiliation. The old French law is thus stated by Domat (1 Domat (Remy), liv. 1, tit. 2, sec. 11, no. 9):

Tous les changements qui arrivent à la chose vendue après la vente, et avant la réhabilitation, soit que la chose périsse ou se diminue, sans la faute de l'acheteur et des personnes dont il doit répondre, regardent le vendeur qui doit la reprendre, et aussi il profite des changements qui la rendent meilleure;

and the present law by Guillouard:

De son côté l'acheteur doit restituer au vendeur la chose, ou ce qui en reste, en supposant qu'elle ait été dégradée ou amoindrie dans l'intervalle de la vente à la résiliation. (1 Guillouard, no. 461).

Different considerations apply where the deterioration arises from the fault of the vendor. Thus, Troplong (Droit Civil Expliqué, De la Vente, 2, page 37) says:

L'acheteur est tenu de toutes les détériorations survenues par son fait depuis la vente (Ulp., 1.23, Dig. De cedit, edict., et 25, même titre), et il doit offrir au vendeur de lui faire raison de la somme jusqu'à concurrence de laquelle la chose se trouve dépréciée par son dol ou sa faute (L. 25, /5, idem, Pothier, Vente, no. 222.)

And Duvergier (Toullier, 1, Tit. VI. De la Vente, p. 511):

L'acheteur est obligé de tenir compte des détériorations qui sont survenues par sa faute et de rendre tous les accessoires qui lui ont été livrés avec la chose, ou dont elle s'est augmentée. (Voy. Pothier, nos. 220 et 222.)

Pothier (Vol. 3, Ed. Bugnet, Vente, pp. 90, 91) says:

* * * lorsque par sa faute il a détérioré la chose, il n'est pas pour cela exclu de l'action rédhibitoire; mais il est seulement tenu de faire raison au vendeur à qui il la rend, de ce dont elle se trouve dépréciée par sa faute. L. 24, ff. eod. tit.

Ces décisions sont toutes conformes à l'équité; car il suffit que le vendeur soit indemnisé de la faute que l'acheteur a commise par rapport à la chose vendue: il ne doit pas en profiter et s'en enrichir, comme cela arriverait s'il était par là libéré de l'action rédhibitoire dont il est tenu.

The law is summed up in Fuzier-Herman (Répertoire du droit français, vol. 36, p. 897) thus:

1728. L'acheteur doit, en outre, restituer tous les accessoires qui lui ont été livrés avec la chose, ou dont elle s'est augmentée, ainsi que tenir compte des détériorations qui sont survenues par sa faute. Pothier n. 220 et 222; Duvergier, t. 1, no. 410; Gouillard, t. 1, no. 460 et 461; Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, n. 435.

1938
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI,
Duff C.J.

1938

TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI.
Duff C.J.

And in Dalloz (*Répertoire pratique*, Vol. XII, p. 796):

166. L'acheteur, de son côté, doit rendre au vendeur la chose vendue ou, au moins, ce qui en reste, en supposant que cette chose ait été détériorée ou amoindrie dans l'intervalle de la vente à la résiliation.

167. L'acheteur doit rendre également, avec la chose, son augment, par exemple, le port de l'animal acheté. Toutefois, cela n'est vrai que des accroissements naturels, qui auraient pu se produire chez le vendeur comme chez l'acheteur (*Troplong*, t. 2, no. 571; *Duvergier*, t. 1, no. 410; *Guillard*, t. 1. no. 461); *Baudry-Lacantinerie et Saignat*, no. 435).

168. L'acheteur doit aussi, lorsqu'il reçoit les intérêts de son prix, rendre les fruits perçus, les loyers que la chose a produits. Si la chose n'est pas productive de fruits, mais que l'acheteur s'en soit servi suivant ses besoins, il doit un loyer, qui variera suivant les circonstances. S'il s'agit, par exemple, d'une machine s'usant promptement, le vendeur aura droit à une indemnité proportionnée au temps pendant lequel l'acheteur aura profité de cette machine (*Levé*, no. 344).

In the courts of Quebec, deterioration was not relied upon as an answer to the action; nor was any claim made for compensation in respect of deterioration or in respect of the use of the automobile. It is true that in the pleadings the fact that the respondent had used the automobile to the extent of seven thousand miles of travel is stated; but, reading the pleading as a whole, it seems that this is set up as constituting an acceptance of the car by the respondent; and to that I shall return. Any such defence or claim ought to have been set up at the trial where the facts could have been investigated in their bearing upon it; and it is indisputable that no such claim or defence was advanced before the learned trial Judge or in the Court of King's Bench.

Article 1530 C.C. requires that the redhibitory action must be brought with reasonable diligence and the practice of the courts in the application of this rule throws some light upon the question of the legal effect of use by the purchaser. *Laurent* (t. 24, no. 302) cites a case of a redhibitory action in 1865 concerning a house in Paris sold in 1839. The house had been let by the purchaser and occupied by the lessees during this period when, in course of executing repairs, the purchaser discovered that the beams of the substructure had been in a state of decay. The sale was set aside and the tenants recovered damages from the vendor. (See also *Dalloz*, 1853, 1, 322).

After the discovery of the defect, no doubt, different considerations apply. In the first place, as already mentioned, the action must, by the terms of article 1530 C.C., be brought with reasonable diligence and, in practice, the

point of departure is recognized by the tribunals as the date of the discovery of the defect by the purchaser; and reasonable diligence is a question of fact (Planiol & Ripert, no. 136, p. 143; Laurent, loc. cit.)

1938
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI.
Duff C.J.

Then, after the discovery of the defect, the conduct of the purchaser may be such as to evidence conclusively the acceptance of the thing purchased in such a manner as to amount to a renunciation of his redhibitory right. This is a question of fact. It would appear that this defence, although open on the pleadings, was not raised in this form in the court below; in fact, it is quite clear from the judgment of the learned trial judge that it was not raised. The appellant's contention was that the action was not brought with due diligence. I agree with the unanimous conclusion of the judges in Quebec that, in view of the special circumstances as explained above, and particularly in the *considérant* quoted from the judgment of the Court of King's Bench, that this last mentioned defence was not well founded. It is also evident that the learned judges did not consider that the use of the car by the respondent in these circumstances was sufficient evidence of renunciation; and, indeed, the respondent, as we have seen, made it clear to the appellant that if the defects in the car were not remedied pursuant to the contract, he would return it and demand repayment of the price. On the facts it is not open, I think, to the appellant to resist the action on the ground that the respondent renounced his rights. The conduct of the appellant, in my opinion, is sufficient in respect of this defence to establish against him a *fin de non-recevoir*.

The appeal should be dismissed with costs.

The judgment of Cannon and Kerwin JJ. was delivered by

CANNON J.—Le 2 mars 1934, le demandeur-intimé s'engagea par écrit à acheter du défendeur-appellant une voiture automobile "Chrysler Imperial air flow" pour laquelle, sur livraison, il a payé \$1,400.00 en argent et \$1,160.00, valeur convenue de deux automobiles usagées, formant un total de \$2,560.00. S'étant aperçu que l'eau s'introduisait à l'intérieur de sa machine par les deux fenêtres d'arrière des côtés, l'intimé avisa de suite l'appellant de cette defectuosité

1938
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI,
Cannon J.

dans la construction de l'automobile; et ce dernier s'engagea à la faire disparaître. Depuis juin jusqu'à octobre 1934, la machine, à plusieurs reprises, fut remise à l'appelant pour trouver remède à ce défaut, mais sans succès. Le 10 octobre 1934, l'intimé remit à l'appelant l'automobile et réclama le remboursement du prix payé, parce que l'automobile était mal construit et que l'appelant n'a jamais pu remplacer ou réparer convenablement les défauts.

L'appelant, sur la question de fait, était devant nous dans une situation difficile, car le juge de première instance, après avoir admis les allégués de la demande, a renvoyé l'action sur une seule question de droit que nous discuterons plus loin; et la Cour du Banc du Roi, à l'unanimité, a dit que cette automobile était défectueuse, impropre à l'usage auquel elle était destinée et n'a jamais été remise en bon ordre par l'appelant. Les procureurs de ce dernier devant nous, fort habilement, ont fait valoir les raisons qui, d'après eux, militent contre ces conclusions du jugement *a quo*; mais un examen attentif du dossier ne nous fait pas découvrir d'erreur sur ce point. Il suffit des dires des témoins de la défense Drennan et Godin pour s'en convaincre. Drennan, vers le 19 ou le 20 septembre, prétend avoir remplacé les deux châssis et que, en les éprouvant avec un jet d'eau, il ne se manifesta aucun signe de coulage. Il admet, de plus, que le "compound" ou composé dont le demandeur se plaignait antérieurement est employé "to make up any deficiency * * * that might conduce leakage." Il appert clairement à son témoignage que l'on ne se sert du "compound" qu'au cas seulement où la fermeture n'est pas étanche et que l'on ne se sert jamais de ficelle pour assurer l'étanchéité de la fenêtre. Bien que Drennan ait prétendu que les fenêtres ne faisaient pas eau après la réparation de septembre, nous voyons par le témoignage de Paul Godin que, le 1er octobre, le demandeur se plaignit de nouveau que ces fenêtres étaient défectueuses; et il admet que quelques gouttes d'eau pénétraient à l'intérieur. Il remplaça la fenêtre et l'éprouva de nouveau à forte pression d'eau en présence du défendeur. Il vit alors quelques gouttes d'eau s'introduire à l'intérieur près du pivot et il crut nécessaire de se servir du "sealing compound." Or, il ajouta de plus une ficelle enroulée autour du pivot, qu'il dissimula le mieux qu'il put en l'imbibant ou la recouvrant

de ce composé ressemblant au mastic; ce qui, d'après lui, devait durer six ou huit mois, ou peut-être un an. C'est alors que l'intimé, voyant que l'on avait encore utilisé cet expédient qu'on lui avait d'abord décrit comme une réparation temporaire, refusa de continuer à se servir du char dans ces conditions et la remit à son vendeur et réclama à ce dernier, par une action résolutoire, l'annulation de la vente et le remboursement du prix avec intérêt depuis la date de son action.

Le contrat de vente contenait la stipulation suivante:

Il est convenu que l'automobile sus-décrite est achetée par moi comme sujette aux prévisions de la garantie du fabricant qui est imprimée au verso de ce contrat et qui fait partie de cette commande, et que c'est la seule *garantie explicite ou implicite* en rapport avec ladite automobile.

Cette garantie du fabricant, pour ce qui nous intéresse, se lit comme suit:

Ceci est à l'effet de certifier que * * *

garantissons chacune de nos machines de plaisir ou de commerce contre tout défaut de matériel ou de main-d'œuvre, apparaissant sous les conditions d'un usage normal dans les dites machines.

Notre responsabilité en vertu de la présente garantie se bornant à remplacer de chaque machine à notre manufacture, toute pièce qui, nous étant envoyée franc de port, dans la période de 90 jours après livraison au premier acquéreur, aura, après examen par nous été jugée défectueuse. Cette garantie devant tenir lieu de toute autre garantie expresse ou tacite, de toute autre obligation et responsabilité, et nous n'assumons et n'autorisons personne à assumer pour nous aucune responsabilité découlant de la vente de nos machines.

La Cour Supérieure a trouvé que le demandeur avait raison de se plaindre d'un défaut qui ne pouvait être découvert que par l'usage du char, qu'il a agi avec toute la diligence voulue et que, pendant les changements ou réparations, il se servit du char à la demande et avec le consentement du vendeur; que la pluie pénétrait dans le char pendant toute cette période et que l'intimé, ayant acheté un char dispendieux pour les besoins de ses affaires pour transporter ses clients à divers endroits pour leur démontrer la qualité de l'ouvrage qu'il faisait comme marbrier, avait le droit d'exiger une machine parfaitement étanche. Mais le premier juge arrive à la conclusion que la seule obligation du vendeur était de remplacer les parties défectueuses; et qu'il était possible de fabriquer des fenêtres de ce genre parfaitement étanches et qu'en conséquence le seul recours du demandeur-intimé, vu les termes particuliers de la seule et unique garantie, était de ramener le char, en octobre, pour obtenir de nouveaux châssis; la Cour Supérieure refusa

1938
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI.
Cannon J.

1938
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI.
Cannon J.

d'annuler la vente et d'ordonner le remboursement du prix. La Cour du Banc du Roi unanimement, le 29 décembre 1936, a déclaré non-fondée cette conclusion quant à la garantie, pour les considérants suivants:

Considérant qu'il résulte de la preuve que, bien que mis en demeure à ce sujet, le défendeur-intimé n'a pas dans le délai qui lui était imparti satisfait aux obligations de cette garantie particulière qu'il invoque comme exclusive de toute autre garantie;

Considérant qu'au point de vue de cette garantie particulière, comme à celui de ses obligations de vendeur, le défendeur-intimé a fait défaut d'exécuter le contrat et de fournir à son acheteur la chose vendue, à savoir une automobile propre à l'usage qu'en voulait faire celui-ci, d'après l'entente;

Considérant que dans ces circonstances le demandeur-appelant a droit à la sanction que donne la loi pour le cas d'inexécution, soit à un recours en annulation;

Considérant que de fait le demandeur-appelant est fondé à prétendre que le défendeur-intimé n'a pas remédié aux défauts de l'automobile achetée, puisqu'après des tentatives répétées, ce dernier ne lui offrait encore comme réparation que l'emploi qu'il avait déjà fait d'un mastic ou "sealing compound" lequel, au début, avait été considéré réparation purement provisoire par le défendeur-intimé lui-même, et qui d'ailleurs n'était ni satisfaisant ni acceptable, ces prétendues réparations comportant, en outre et sous ce mastic, une petite corde enroulée au pivot des fenêtres et qui ne devait tenir là que six, huit, ou tout au plus douze mois, d'après un témoin du défendeur-intimé;

L'action fut maintenue, le contrat annulé et le défendeur-appelant condamné à payer la somme de \$2,595.00, avec intérêt de la date de l'assignation, et les dépens.

L'appelant se plaint que le montant du jugement devrait être \$2,560.00, étant le total payé conformément aux termes du contrat. Il a raison sur ce point et \$35.00 doivent être déduits du montant accordé en appel.

L'honorable juge Dorion explique clairement pourquoi la Cour du Banc du Roi n'a pas tenu compte de la clause excluant toute garantie expresse ou tacite, à part celle de remplacer les pièces défectueuses:

Les termes de cette clause, en effet, obligent l'acheteur à exercer le recours prévu par le contrat, et nul autre. Mais, dans ce contrat, comme dans tout contrat, les obligations de l'une des parties sont la condition des obligations de l'autre partie. Ici, l'acheteur renonce à l'action rédhibitoire sous la condition tacite que le vendeur remplira une obligation de réparer l'automobile. Ce dernier ne peut pas échapper à toute responsabilité par le fait qu'il n'a pas rempli son obligation.

Le savant juge conclut que l'appelant, en prétendant que le défaut a été corrigé avant l'action, comme il l'a fait devant nous, refuse, en fait, de faire les réparations, ne laissant à l'intimé que le recours de l'action rédhibitoire; le vendeur, en effet, n'a pas rempli la condition à laquelle

était soumise la renonciation de l'acheteur à cette action, i.e., la condition que le vendeur remplirait son obligation de réparer ou remplacer toute pièce défectueuse.

Nous croyons que cette raison dispose du premier grief d'appel, savoir que la Cour du Banc du Roi aurait refusé d'appliquer, suivant ses termes, la garantie du contrat. D'après l'article 1065 du Code civil, dans un contrat bilatéral, chaque partie doit remplir sa propre obligation pour pouvoir exiger de l'autre l'exécution intégrale du contrat. Ceci se trouve en toutes lettres dans l'article 1184 du Code Napoléon :

La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera pas à son engagement.

L'ancien juge-en-chef de la Cour du Banc du Roi, Sir Henri Taschereau, alors qu'il était juge à la Cour Supérieure, nous dit (*Valiquette v. Archambault* (1)) que, bien que cet article du Code Napoléon n'ait pas été reproduit en termes exprès dans notre Code civil,

nos codificateurs ont pourvu au même cas et exprimé le même principe dans l'article 1065 de notre code qui permet, même en l'absence d'une condition résolutoire expresse, de demander la résolution du contrat d'où naît l'obligation qui n'a pas été accomplie (Voir Rapport des Codificateurs, 7 DeLorimier, Bibliothèque du Code civil, pp. 626-627).

Le second grief d'appel est que nonobstant les termes de la garantie, la Cour du Banc du Roi a rendu l'appelant responsable, comme le fabricant qui, d'après l'appelant, serait le seul garant de l'acheteur. Il appert aux termes du contrat que le vendeur a fait sienne cette garantie du fabricant de remplacer les pièces défectueuses.

Comme troisième grief, on dit que le contrat ne stipulait aucun délai pendant lequel le fabricant devait faire les réparations. Ce point a déjà été discuté. Le plaidoyer et certains témoins de l'appelant ont prétendu que les réparations avaient été complétées et qu'il ne pouvait rien faire de plus pour se conformer au contrat. L'on n'a jamais remplacé le châssis par une pièce parfaitement étanche et qui n'aurait pas nécessité l'application du "compound". Il serait exorbitant de dire que l'intimé devait garder le char et, pour un temps indéfini, attendre qu'on réussisse à la rendre convenable.

Autre grief de l'appelant; dans l'espèce, la *restitutio in integrum* est impossible, et d'abord, parce qu'on ordonne

1938

TOUCHETTE

v.

PIZZAGALLI.

Cannon J.

(1) (1895) Q.R. 7 S.C. 51, at. 54.

1938
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI,
Cannon J.

le remboursement complet du prix de vente dont partie seulement aurait été payée argent comptant. Il suffit de lire le contrat pour conclure que le prix convenu est un prix en argent payable suivant un mode accepté par les deux parties et donnant aux automobiles usagées la valeur en argent mentionnée au contrat. Mais, ajoute l'appelant, par la résolution du contrat l'intimé s'est servi de cette automobile pendant toute une saison et aura forcé l'appelant à acheter de lui deux chars usagés. Cet usage, croyons-nous, était nécessaire pour constater si le vendeur avait rempli son obligation de réparer; et ce dernier ne s'en est jamais plaint. Nous constatons, par ailleurs, que si, d'un côté, l'acheteur a eu l'usage de l'automobile, de l'autre, le vendeur a eu l'usage du prix en argent depuis la date de la vente jusqu'à la date de l'action. Or, on ne lui réclame pas d'intérêt pour cette période, lui laissant ainsi, en compensation de l'usage de sa machine, le bénéfice qu'il a pu retirer de ces argents.

Ceci est conforme à la doctrine. Voir 3 Pothier, "De la vente", nos 217 et 219:

217. L'acheteur est en droit de demander par l'action rédhibitoire, la résolution et nullité du marché, et qu'en conséquence les choses soient remises au même état que s'il n'était pas intervenu: *Judicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem, quodammodo in integrum restituere debere*: L. 23, par. 7, FF. de AEdil. ed. Factâ redhibitione, omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio neque venditio interesset; L. 60, ff. cod. tit.

En conséquence l'acheteur a droit de demander que le vendeur soit condamné à lui rendre le prix qu'il lui a payé, même les intérêts depuis le jour du paiement qu'il en a fait, jusqu'à ce qu'il lui ait été rendu (L. 29, par. 2, ff. eod. tit.), à moins que le juge ne jugeât à propos de les compenser avec les fruits que l'acheteur doit rendre.

* * *

219. L'acheteur, pour être reçu à cette action, doit de son côté offrir de rendre la chose, si elle existe, avec les fruits, s'il en a perçu quelques-uns; à moins qu'il n'en consente la compensation avec les intérêts du prix. Il doit pareillement offrir de rendre tous les accessoires de la chose qui lui ont été livrés avec la chose.

Voir aussi: 10 Planiol et Ripert, Traité de droit civil, no. 134 *in fine*, p. 142.

L'action consent à la compensation de la jouissance de la voiture avec les intérêts du prix.

L'appelant se plaint aussi d'avoir à recevoir, au lieu de la machine neuve livrée, une machine usagée ayant parcouru sept mille milles, qui désormais doit être évaluée comme de seconde main. Est-il obligé de souffrir cet ap-

pauvrissement? N'est-ce pas permettre à l'intimé de s'enrichir à ses dépens, en forçant l'appelant à reprendre l'automobile avec la détérioration soufferte durant une saison?

1933
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI.
Cannon J.

C'est, nous l'avons vu, par une clause résolutoire tacite que l'annulation de la vente est accordée dans l'espèce. Cette résolution, d'après l'article 1088 C.C., oblige chacune des parties à rendre ce qu'elle a reçu et remet les choses au même point que si le contrat n'avait pas existé; en observant néanmoins les règles de 1087 C.C. relatives aux choses qui ont péri ou ont été détériorées; "si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier doit la recevoir dans l'état où elle se trouve, sans diminution de prix."

Appliquons ce principe à cette cause. Par la résolution du contrat, l'intimé doit rendre la machine dont, par une fiction légale, le vendeur est considéré avoir été toujours propriétaire. L'intimé en est de débiteur envers son vendeur, qui, de son côté, doit remettre le prix. Peut-on dire que la machine a subi détérioration par l'usage? Cela n'est pas prouvé; mais on peut admettre qu'après avoir fait 7,000 milles elle a perdu de sa valeur. Est-ce de la faute de l'intimé? Evidemment non. L'appelant-vendeur, commerçant d'automobiles est présumé avoir connu les défauts de la chose vendue, d'après la jurisprudence. V. 10 Planiol & Ripert, p. 141; Dalloz, 1926-I-9. V. Note de Louis Josserand. Il doit donc être présumé coupable de faute dès la livraison d'une machine défectueuse; il a admis cette défectuosité en reprenant la machine pour réparation à plusieurs reprises et en la remettant en circulation entre les mains de l'intimé pour l'essayer de nouveau. C'est donc en cherchant à corriger les conséquences de cette faute et à faire les réparations suivant la garantie spéciale du vendeur que la machine a été usagée et aurait perdu de sa valeur. L'appelant doit donc souffrir cette perte, si elle existe. Elle compensera jusqu'à un certain point les ennuis et inconvénients causés à l'intimé par cette machine défectueuse pour lesquels il aurait pu réclamer des dommages.

A l'appui de cette solution, je citerai: 4 Massé, Droit commercial, pp. 406 et suiv.:

360. Il y a deux sortes de conditions résolutoires. La condition résolutoire proprement dite qui, comme toute autre condition consiste dans la stipulation expresse ou tacite par laquelle on fait dépendre l'obligation d'un événement futur et incertain qui la résout en se réalisant; et la

1938

TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI,
Cannon J.

condition résolutoire connue sous le nom de *pacte commissoire*, qui consiste dans la clause expresse ou tacite par laquelle les parties qui forment un contrat synallagmatique conviennent que ce contrat sera résolu, si l'une ou l'autre d'entre elles ne satisfait point à son engagement (C. civ., art. 1184). Ces conditions produisent l'une et l'autre des effets analogues; lorsqu'il y aura des différences, j'aurai soin de les faire remarquer.

361. De ce que la résolution de l'obligation remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existée, il résulte que la condition résolutoire accomplie a un effet rétroactif, non seulement au jour du contrat, mais encore à l'instant même qui a précédé le contrat, puisque le contrat se trouve effacé. Les parties sont donc réciproquement tenues de restituer ce qu'elles ont reçu, par exemple, en cas de vente, l'une la chose, si elle a été livrée, l'autre le prix, s'il a été payé.

365. Mais doit-il restituer les fruits qu'elle a produits et qu'il a perçus pendant la condition?

La question a été diversement résolue par les auteurs. M. Toullier (T. VI, n. 563) et M. Duvergier (*De la vente*, t. 1, n. 452) se prononcent pour la restitution, comme conséquence de l'effet rétroactif de la condition accomplie. Selon M. Troplong, au contraire, il faut distinguer entre l'hypothèse où la résolution est l'effet du pacte commissoire, c'est-à-dire de la condition résolutoire qui est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisferait pas à son engagement (C. civ., 1184), et l'hypothèse où il s'agit d'une condition résolutoire proprement dite (Voy. sup. n. 360). Dans la première hypothèse, il décide que l'acheteur qui, faute de payer le prix de son acquisition, voit résoudre le contrat, doit restituer les fruits, parce que, ne remplissant pas ses obligations, il ne peut être considéré comme possesseur de bonne foi, ni par conséquent faire les fruits siens (C. civ., 549—*De la vente*, t. II, n. 652); dans la seconde, au contraire, il décide que l'acheteur fait les fruits siens par sa bonne foi jointe à son industrie (Ibid., t. 1, n. 60). MM. Delamarre et Lepoitvin font une distinction analogue, mais moins absolue. Ils pensent, avec M. Troplong, que, dans la dernière hypothèse, l'acheteur fait les fruits siens, à moins qu'une circonstance particulière ne le constitue en état de mauvaise foi. Mais dans la première, c'est-à-dire quand la résolution procède du pacte commissoire, ils pensent que l'acheteur ne peut être considéré en état de mauvaise foi, par cela seul qu'il n'a pas payé le prix; que c'est dès lors aux juges à examiner s'il est de bonne foi ou de mauvaise foi pour lui attribuer les fruits dans le premier cas, et le condamner à les restituer dans le second. (*Du contrat de commission*, t. III, n. 644 et suiv.).

J'adopte pleinement cette dernière opinion.

Observons d'abord que l'effet rétroactif de la condition accomplie n'est d'aucune influence sur la restitution des fruits. L'effet rétroactif n'a lieu qu'en ce qui touche l'obligation de restituer la chose avec tous ses accessoires essentiels, mais il ne peut aller jusqu'à effacer des *faits accomplis* et jusqu'à faire disparaître le droit que l'acheteur a eu sur la chose dans le temps intermédiaire au contrat et à l'accomplissement de la condition (M. Toullier, t. VI, n. 548.—Voy. sup. n. 458).

* * *

373. Quant à la simple détérioration, si elle a lieu sans la faute du débiteur ou de l'acheteur, elle est au compte du vendeur, quand la condition vient à se réaliser, parce que cette détérioration n'empêche pas l'obligation de subsister de part et d'autre; que l'acheteur, en restituant la chose dans l'état où elle se trouve, exécute l'obligation autant qu'il est en lui; et que le vendeur doit dès-lors l'exécuter de son côté en restituant

le prix entier qu'il a reçu. C'est là d'ailleurs une conséquence de l'effet rétroactif de la condition accomplie qui, en faisant remonter le droit du vendeur au jour du contrat, met à sa charge les détériorations intermédiaires (M. Toullier, t. VI, n. 563; M. Duranton, t. XI, n. 91).

1938

TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI.
Cannon J.

Par analogie, bien qu'il ne s'agisse pas dans l'espèce d'un cas fortuit, nous pouvons citer la cause de *Hageraats C. de Beaumont* (1), où il a été décidé que la détérioration survenue sans le fait de l'acheteur à la chose vendue sous une condition résolutoire est à la charge du vendeur qui ne peut se refuser à reprendre les marchandises endommagées et à en restituer le prix "attendu que le sens clair de cette disposition (1183 C. N. correspondant à notre article 1088 C.C.) est que les parties, après l'accomplissement de la condition résolutoire, sont remises au même état où elles se trouvaient l'une vis-à-vis de l'autre avant la formation du contrat; d'où il suit qu'en matière de vente et d'achat sous condition résolutoire, si la condition s'accomplit, la détérioration de la chose vendue et livrée sans la faute de l'acheteur, tombe à la charge du vendeur, qui, par la fiction de la loi, est censé n'avoir jamais aliéné la chose et en être toujours demeuré le propriétaire."

Voir aussi C. Dufnoire, *Théorie de la condition*, p. 455.

Je me réfère aussi à 3 Larombière, *Des Obligations*, p. 60, no. 61:

61. A plus forte raison doit-il réparer le dommage causé directement par son fait ou par sa faute. Il doit même une indemnité pour la diminution de valeur produite par l'usage qu'il a fait de la chose, quand bien même il n'aurait fait que s'en servir suivant sa destination habituelle. Telle serait l'hypothèse d'une vente sous condition résolutoire d'une voiture, d'une machine, d'un objet mobilier quelconque qui s'use et se détériore par le service. Si l'acquéreur, la résolution arrivée, était quitte en rendant la chose dans l'état où elle se trouve, il en retirerait un bénéfice net, puisque sa possession lui aurait procuré, sans charges qui viennent en compensation, les avantages du service et les profits de l'usage.

Mais nous devons poser plusieurs exceptions. Aucune indemnité ne sera due pour la détérioration de la chose par son usage naturel, si cet usage a eu lieu en vertu d'une convention d'essai, ou de toute autre clause spéciale.

Il n'y a pas de doute qu'il y a eu entre les parties en cette affaire une convention d'essai plusieurs fois renouvelée, jusqu'au refus de l'intimé de continuer ces essais indéfiniment.

L'appelant a aussi demandé l'application de l'article 1530 du Code civil qui dit que

(1) (1879) S. 81-4-23

1938
 TOUCHETTE
 v.
 PIZZAGALLI.
 Cannon J.

L'action réhabilitoires, résultant de l'obligation de garantie à raison de vices cachés, doit être intentée avec diligence raisonnable, suivant la nature du vice et suivant l'usage du lieu où la vente s'est faite.

Sur ce point, nous croyons devoir nous référer à la cause de *Bernier v. Grenier Motor Co. Ltd.* (1) confirmant le jugement de la Cour du Banc du Roi (2), où il a été décidé que

L'art. 1530 C.C., applicable au cas de demande en nullité de vente pour vices réhabilitoires, ne l'est pas au cas où il s'agit de garantie conventionnelle et formelle,—et l'action en résolution peut alors être intentée après les délais fixés par cet article surtout lorsque le demandeur allègue et prouve erreur, dol, fraude et fausses représentations.

On pourrait souligner le passage suivant des notes de l'honorable juge Greenshields, à la page 495:

Appellant desired to keep his car if it could be made perfect or as perfect as the standard of the Pierce-Arrow was considered to be, and as a matter of fact had been. For that purpose, during a period of nearly thirteen months, he returned it to respondent and repairs and changes were made. Thirty-nine parts were supplied by the manufacturer for the purpose of remedying the evils which existed. Finally, appellant, wearied of his attempt, raised the present action, tendering back the car.

I am of opinion and hold:

First: That the appellant's action was not barred or stopped by the delay, inasmuch as the delay was caused by the desire on the part of appellant to have the defects remedied and the willingness on the part of the respondent to remedy the same, if remedy was possible;

Secondly: That the respondent never delivered to appellant and never put appellant in possession of the thing which the contract of sale or exchange called for;

Je crois que ces remarques s'appliquent parfaitement à notre espèce.

Dans *The Studebaker Corporation of Canada v. Glackmeyer* (3), le juge Greenshields dit de nouveau:

As was held by this Court in the case of *Grenier & Bernier* (2), subsequently confirmed by the Supreme Court, where a vendor and a vendee mutually agree in an effort to repair defects, and efforts are made extending over a long time by the vendor, the vendee's rights are not thereby prejudiced, and if the efforts so made are unsuccessful, the vendee's action for relief is not thereby barred.

Quant à l'offre contenue au plaidoyer d'un autre char, nous ne croyons pas que, après l'institution de l'action, cet acte unilatéral du vendeur pût changer la position juridique des parties telle qu'elle existait à cette date. L'intimé, par son action, avait exercé le choix que lui donne l'article 1035 C.C.; il n'a pas demandé l'exécution de l'obligation

(1) [1928] S.C.R. 86.

(2) (1926) Q.R. 41 K.B. 488.

(3) (1927) Q.R. 44 K.B. 216, at 227.

aux frais du débiteur, mais bien la résolution du contrat, d'où naissait l'obligation de livrer une machine convenable.

1938
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI.
Cannon J.

Pour toutes ces raisons, nous concluons au renvoi de l'appel avec dépens, mais le montant du jugement devrait être réduit à \$2,560.00 avec intérêt depuis la date de l'institution de l'action.

Davis J. (dissenting): In this appeal we have to deal with what has become an ordinary form of commercial contract in connection with the sale of motor cars. The difficulty in the case arises in the application to the terms of the contract of the provisions of the Civil Code, the contract having been made and carried out in the province of Quebec. The decision will be of importance in that province as determining the rights and liabilities of vendors and purchasers in Quebec when a latent defect makes its appearance in a car sold under this common form of contract. I regret that I find myself unable to agree with the opinion of the other members of the Court.

The agreement for the purchase of the new motor car was in writing and expressly stipulated that

It is agreed that the motor vehicle above described is purchased by me subject to the clause of the manufacturer's warranty endorsed on this contract and which forms part of the present order and that this is the sole warranty, expressed or implied, in connection with the said motor vehicle.

The manufacturer's warranty endorsed on the agreement and which was made a part of the contract, reads as follows:

The manufacturer warrants each new motor vehicle manufactured by it to be free from defects in material and workmanship under normal use and service, its obligation under the warranty being limited to making good * * * any part or parts thereof * * * which have been * * * defective; this warranty being expressly in lieu of all other warranties expressed or implied and of all other obligations or liabilities on its part * * *

Now the Civil Code sets up certain legal warranties implied by law in contracts of sale, without stipulation. The general provisions of warranty are contained in articles 1506 to 1531 inclusive.

The purchaser (respondent) relies upon article 1522, which is as follows:

1522. The seller is obliged by law to warrant the buyer against such latent defects in the thing sold, and its accessories, as render it unfit for the use for which it was intended, or so diminish its usefulness that the buyer would not have bought it, or would not have given so large a price, if he had known them.

1938
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI.
Davis J.

and on article 1526, which provides that

1526. The buyer has the option of returning the thing and recovering the price of it, or of keeping the thing and recovering a part of the price according to an estimation of its value.

But article 1506 provides that

1506. The warranty to which the seller is obliged in favour of the buyer is either legal or conventional.

And by article 1507 it is provided that while "legal warranty is implied by law in the contract of sale, without stipulation"

Nevertheless the parties may, by special agreement, add to the obligations of legal warranty, or diminish its effects, or exclude it altogether.

In the contract that is before us in this case the parties stipulated, by the special agreement, that the vendor (appellant) should warrant the new car to be "free from defects in material and workmanship". That warranty, stipulated by the special agreement between the parties, added to the obligations of legal warranty in that it extended to defects of all kinds in the thing sold whether those defects were latent or apparent and was not limited (as the legal warranty of article 1522 C.C. is limited) to "such latent defects" as render the thing

unfit for the use for which it was intended, or so diminish its usefulness that the buyer would not have bought it, or would not have given so large a price, if he had known them.

But, on the other hand, the contractual warranty diminished the effects of the obligations of legal warranty in that, by the special agreement between the parties, the obligation of the vendor under the warranty was restricted to making good any defective part or parts of the car. This warranty was expressly stated, by the terms of the agreement between the parties, "to be in lieu of all other warranties, expressed or implied, and of all other obligations or liabilities" on the part of the vendor.

The warranty of the contract was valid by force of said article 1507 C.C. and in my view it excludes the application of article 1526 C.C. (which gives the buyer the option of returning the thing and recovering the price of it) which is a remedy for a breach of the legal warranty against latent defects provided by article 1522.

The defect complained of by the purchaser (respondent), and the defect is really not in dispute, was that the small side windows in the back of the car permitted rain, to some extent, to leak through into the car. The rear window

sections were something new at the time in motor car manufacture, the frames being made of a rubber composition and moving on a pivot through a mechanism built into the body of the car, for the purpose of better interior ventilation. The vendor (appellant) attempted on several occasions to remedy the condition by caulking or sealing these windows with a rubber compound. The purchaser (respondent) seems to have become indifferent whether these repairs kept the water out or not; he disliked the use of the rubber compound and rejected the car. I cannot bring myself on the evidence to regard the defect as anything of a serious nature but both courts below have found that the windows were in fact defective and remained defective and with that finding we cannot interfere. Counsel for the appellant argued that in any event the appellant's only responsibility under the terms of the contract was to make good the defect. But that position cannot be maintained when after three attempts over a period of some months to remedy the defect, the appellant has been found to have failed to do so.

1938
TOUCHETTE
v.
PIZZAGALLI.
Davis J.
—

That the appellant became liable to the respondent for damages cannot be disputed on the concurrent findings of fact. There was a breach of the warranty to make good the defective parts and for the breach of that obligation article 1065 C.C. makes the appellant liable in damages. But the respondent did not sue, even alternatively, for damages and no evidence as to damages was given. The respondent maintains that he was entitled as a matter of law to force the appellant to take back the new car, to keep the two old cars that he had turned in, and to pay him with interest not only the amount of the cash payment that he had made (\$1,400) but also the amount of the credit allowance he had been given on the two old cars (\$1,160). No evidence was given at the trial as to what had happened in the meantime to the two old cars. The courts below have given judgment against the appellant entitling the respondent to recover the amount of the entire purchase money in cash, with interest and costs.

If article 1526 C.C. is not available to the respondent for the reason above given, then the respondent is driven to article 1065 C.C., which not only gives the right of damages in case of the breach of any obligation but provides further that.

1938

TOUCHETTE

v.

PIZZAGALLI.

Davis J.

1065. * * * The creditor may, in cases which admit of it, demand also a specific performance of the obligation, and that he be authorized to execute it at the debtor's expense, or that the contract from which the obligation arises be set aside; subject to the special provisions contained in this code and without prejudice, in either case, to his claim for damages.

In my view, the facts of this case do not admit of cancellation or rescission of the contract. Not only because the defect in the two small rear windows is not in itself sufficient to invalidate the entire contract, but because the parties cannot now be put back into the same position in which they were before the contract was entered into. *Restitutio in integrum* can only be had where the party seeking it is able to put those against whom it is asked in the same situation in which they stood before the contract was entered into. The new motor car had been used by the purchaser (respondent) during June, July, August and September and had travelled over 7,300 miles. It was not in October the same car that had been delivered.

This is not a case of fraud or misrepresentation on the part of the vendor of the thing sold where different considerations might prevail. *Grenier Motor Co. v. Bernier*, (1) was an action based upon misrepresentation. Mr. Justice Allard in that case said in the Court of King's Bench, appeal side, province of Quebec, (2):

Si elle (la défenderesse) ne lui avait pas fait les représentations qu'elle lui a faites, ou caché un fait très important, le demandeur n'aurait pas acheté. C'est ce qu'il déclare sous serment.

The appeal should in my opinion be allowed and the action dismissed with costs throughout, without prejudice to any claim the respondent may be advised to make for damages.

Hudson J.:—I concur in the result.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: *Campbell, McMaster, Couture, Kerry and Bruneau.*

Solicitors for the respondent: *Gouin and Demers.*

(1) [1928] S.C.R. 86.

(2) [1926] Q.R. 41 K.B. 488, at 494.